

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1103

(Ano XIV)

(13/07/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## 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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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

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

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

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

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

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

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR code do Volume 1103



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1103, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 724 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**A ressurreição da morte civil**  
*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

**Estruturação da ética formal de Immanuel Kant: uma análise partindo da distinção entre moral e direito**

*Mateus Da Silva Fernandes, 13.*

**A aplicabilidade da legislação penal nos casos de estupro marital**

*Kéthilin Karen Alberguini, 30.*

**O impacto da reforma trabalhista nas relações de trabalho**

*Maria Francisca Da Silva, 50.*

**Agravamento da vulnerabilidade das crianças e jovens com sua família: pandemia covid -19**

*Letícia de Oliveira Andreoletti, 73.*

**Repercussões dos efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem no processo judicial e as influências da lei de arbitragem voluntária portuguesa**

*Jaylton Jackson de Freitas Lopes Junior e Girlano de Sousa Soares, 88.*

**Cláusulas Pétreas: Limitações ao Poder de Tributar**

*Carmen Ferreira Saraiva e Ingrid Saraiva De Alencar, 114.*

**O papel da FUNAI na regulamentação e fiscalização de terras indígenas: um ensaio sobre a entrada de entidades religiosas.**

*Vitória Larissa Dantas de Moraes, 165.*

**A autocomposição como forma de resolução de conflitos no setor público**

*Bianca Carla da Silva, 172.*

**Afastamento da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça na dosimetria da pena como tese defensiva**

*Maíra Santos dos Anjos, 198.*

**A Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, sua repercussão no Brasil e reflexões sobre o caso Sean Goldman**

*Ana Luiza Melo Leal, 209.*

**A coleta de material genético como forma de identificação criminal e a garantia à não autoincriminação**

*Marta Schwanck Fernandes, 224.*

**Cão que ladra morde: uma análise acerca da (in) efetividade do art. 147 do Código Penal no âmbito da violência doméstica e familiar**

*Marcelle Pereira dos Santos Oliveira, 270.*

**Parques ecológicos como lugares de cultura e lazer: construindo um projeto de ampliação do Parque Urbano Juscelino Kubistchek, Zona Ambiental Central de Belo Horizonte (MG)**

*Vagner Luciano de Andrade e Flávio Moreira da Silva, 287.*

**O caso Bosman e o Direito Fundamental ao Exercício do Trabalho Livre. Estudo de Caso**

*Gustavo Jonasson de Conti Medeiros, 316.*

**Constitucionalismo do Processo: Princípios Fundamentais Estruturantes da Prestação Jurisdicional**

*Carmen Ferreira Saraiva e Ingrid Saraiva de Alencar, 338.*

**Teoria dos limites dos limites sob a ótica da doutrina moderna e da jurisprudência recente**

*Matheus de Oliveira Santana, 427.*

**A violência na atuação da polícia militar: o abuso de autoridade e a violação ao princípio da dignidade humana**

*Gabriella de Souza Santana, 461.*

**Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance: uma análise dos julgados do superior tribunal de justiça**

*André Furegate de Carvalho, 475.*

**O princípio da insignificância em crimes contra a Administração Pública na jurisprudência dos tribunais superiores**

*Luisa Lemos Ferreira, 508.*

**Caracterização e proteção jurídica dos grupos e das pessoas vulneráveis**

*Ana Luiza Melo Leal, 553.*

**Educação inclusiva e a inconstitucionalidade progressiva da expressão “preferencialmente na rede regular” contida na legislação infraconstitucional**

*Maria Luiza Lopez Valverde, 567.*

**A guarda compartilhada: os benefícios e prejuízos trazidos pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014**

*Marta Schwanck Fernandes, 578.*

**A importância da atuação extrajudicial da Defensoria Pública**

*Maíra Santos dos Anjos, 667.*

**MONOGRAFIA**

**A efetividade do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro: o limite entre a adequada gestão e a necessária judicialização.**

*Marcelle Pereira dos Santos Oliveira, 674.*

## A RESSURREIÇÃO DA MORTE CIVIL

### **EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

Exercício importante é visitar a História do Direito, tanto para lembrar as origens dos institutos, como para perceber suas evoluções e, infelizmente, muitas vezes, suas involuções.

Recentemente li uma passagem da obra de Flávia Lages de Castro:

Um outro tipo de pena que não feria fisicamente o condenado era a de "morte civil", uma das penas mais cruéis e danosas não somente para o apenado como também para todos que o cercavam. Esta suprimia todos e quaisquer direitos do indivíduo. O condenado tornava-se um morto em vida porque todos os direitos eram suspensos: desapareciam os laços jurídicos tanto maritais quanto patriarcais, a cidadania e os direitos patrimoniais eram suprimidos, abria-se o processo de herança para seus sucessores, tudo o que o indivíduo conseguisse daí para frente não poderia ser utilizado por ele.

Outras penas não físicas eram a "infâmia", as multas e o confisco de bens no qual todo o patrimônio do indivíduo passava para o tesouro Real colocando na miséria não só o condenado, mas também toda a sua família e todos que dependiam dele. 1

A autora se referia a penas cruéis aplicadas há séculos durante as Inquisições Eclesiásticas (Igreja) e Régias (Estatais).

É claro que seria de se pensar que nada sequer parecido poderia ocorrer na atualidade. Afinal, estamos no século XXI.

---

1 CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: 2005, p. 141.

Mas a realidade é que a História prega peças e não é marcada por um suposto “progresso” linear. Idas e vindas, bem como contradições são comuns em seu seio.

O caso em geral do chamado “Inquérito do Fim do Mundo”<sup>2</sup> levado a termo pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes, é exemplo prático e concreto desses retrocessos que podem fazer saltar para trás centenas de anos.

Pinçando dois casos emblemáticos, o do jornalista Allan dos Santos e o do Deputado Federal Daniel Silveira, se constata que em pleno século XXI, temos a decretação de confisco geral de bens de pessoas e a inviabilização, salvo a caridade e solidariedade alheias e o apoio familiar, da subsistência não só dos perseguidos, mas de seus entes próximos. E para piorar, surge a notícia de que também todas as contas da esposa do Deputado Daniel Silveira, a Advogada Paola da Silva, foram bloqueadas por decisão até o momento sem acesso sequer à implicada e aos defensores.<sup>3</sup> A morte civil agora se transmite para entes próximos, deixando de lado qualquer resquício do chamado “Princípio da Intranscendência” que impede que a pena passe da pessoa do condenado, o que se agrava quando se tratam de meras medidas cautelares (artigo 5º., XLV, CF – embora indicar artigos da Constituição Federal esteja se tornando algo cansativo e inútil).

O retorno não é explícito e nem totalmente congruente. Não se tem (pelo menos ainda não) a desfaçatez de falar expressamente em “morte civil”, em pena de “infâmia” e “confisco de bens”. Também o alcance das medidas adotadas não chega a integralizar a “morte civil” como antigamente. Não há, por exemplo, ao menos por enquanto, atingimento direto de direitos familiares, conjugais, sucessórios etc. No entanto, indiretamente, é claro que há abalo dessas relações, as quais somente se mantêm se forem de extrema consistência.

Por outro lado, inexistente qualquer pudor em bloquear *todos* os bens dos perseguidos e agora até de seus cônjuges que nem sequer são investigados ou processados, proibir que se apresentem em público, participem de manifestações, atuem em redes sociais, concedam entrevistas e até exerçam sua profissão (no caso do jornalista).

---

<sup>2</sup> PIOVESAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Inquérito do Fim do Mundo – O Apagar das Luzes do Direito Brasileiro*. Londrina: EDA, 2020, “passim”.

<sup>3</sup> COSTA, Cristyan. Moraes bloqueia conta bancária da mulher de Daniel Silveira. Disponível em <https://revistaeste.com/politica/moraes-bloqueia-contas-bancarias-da-mulher-de-daniel-silveira/>, acesso em 04.06.2022.



Opera-se uma espécie de apagamento ou exclusão arbitrária dos indivíduos. Naquilo que Arendt chamaria de “Vita Activa”, resta abolida a *condição humana* de “agir”, de não somente ser um homem, mas estar “entre os homens”. 4

E se não há um retorno integral das penas cruéis (aliás, proibidas pela Constituição Federal – artigo 5º., XLVII, “e”, mas e daí?) são estas suas modalidades ressurretas de forma mais sutil e disfarçada (insidiosa) hoje aplicadas sem nem mesmo obedecer aos limites da legalidade e a um processo legal, ainda que inquisitório. Nos tempos passados essas penas somente eram aplicadas a condenados, depois de um processo formal, inquisitório sim, mas ao menos somente ao seu final. Não se confundiam providências cautelares com penas. Ademais, quando uma Graça era concedida a um condenado pelo Soberano, esta era integral e imediatamente cumprida. Não havia sequer a hipótese mental de procrastinar seu cumprimento e seguir impondo medidas restritivas aos perseguidos criminalmente, muito menos a ideia nefasta de desconsiderar o perdão concedido. Em suma, o processo inquisitorial e as penas cruéis quando assumidas e institucionalizadas chegam a ser menos arbitrárias do que quando se apresentam de forma hipócrita na condição de um “Direito Penal Subterrâneo”, para usar uma expressão de Zaffaroni, emprestada de Aniyar de Castro. Trata-se agora do exercício de um poder punitivo “à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico”. A aceitação desse exercício de poder *subterrâneo* e a ausência de esforço em sua limitação o legitima e fomenta ao mesmo tempo em que soterra qualquer resquício de Democracia que se possa imaginar. 5

Será que chegará o dia em que sentiremos saudades das garantias do sistema inquisitivo e das mínimas chances de absolvição nas ordálias?

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CASTRO, Aniyar de. *Derechos Humanos, Modelo Integral de Ciencia Penal y Sistema Penal Subterrâneo*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

---

4 ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 31.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 70. CASTRO, Aniyar de. *Derechos Humanos, Modelo Integral de Ciencia Penal y Sistema Penal Subterrâneo*. Buenos Aires: Depalma, 1984, “passim”.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: 2005.

COSTA, Cristyan. Moraes bloqueia conta bancária da mulher de Daniel Silveira. Disponível em <https://revistaoeste.com/politica/moraes-bloqueia-contas-bancarias-da-mulher-de-daniel-silveira/> , acesso em 04.06.2022.

PIOVESAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Inquérito do Fim do Mundo – O Apagar das Luzes do Direito Brasileiro*. Londrina: EDA, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## **ESTRUTURAÇÃO DA ÉTICA FORMAL DE IMMANUEL KANT: UMA ANÁLISE PARTINDO DA DISTINÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO**

**MATEUS DA SILVA FERNANDES:** Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB (2021), através do Programa de Pós-graduação (mestrado) em Filosofia. Graduado em filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC (2018). Pós-graduando em Tutoria em Educação à Distância pela Faculdade Sucesso – FACSU.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo o esclarecimento de como se constitui a ética formal de Immanuel Kant (1724-1804). O curso da investigação neste trabalho se produz a partir da discussão acerca da possibilidade de uma ética fundamentada em princípio racional, tendo como pressuposto base a distinção entre moralidade e legalidade. A metodologia bibliográfica para elaboração da pesquisa se alicerça nas obras de Kant: *Crítica da razão prática* (1788), *Metafísica dos costumes* (1797) e *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), dentre alguns comentadores do pensamento kantiano. As abordagens temáticas que compõem o desenvolvimento da pesquisa passeiam entre os conceitos de liberdade e direito. Os resultados alcançados estão fundamentos no exame da filosofia kantiana, que discute a afirmação da lei moral como fato da razão, e tem o imperativo categórico como forma de obrigação.

**Palavras-chave:** Lei moral; Razão; Liberdade; Direito; Imperativo Categórico.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. ÉTICA E DIRETO: A DISTINÇÃO ENTRE MORALIDADE E LEGALIDADE. 2.1. A RELAÇÃO ENTRE A IDEIA DE JUSTIÇA E LIBERDADE. 3. LIBERDADE E VONTADE. 4. O IMPERATIVO CATEGÓRICO: FORMA DE OBRIGAÇÃO DA LEI MORAL. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. BIBLIOGRAFIA.

### **1.INTRODUÇÃO**

Kant, na *Crítica da razão prática* (1788), na *Metafísica dos costumes* (1797)<sup>6</sup> e na *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), discute a problemática acerca do agir e os princípios pelos quais ele é considerado bom do ponto de vista da moral e do direito. Em nosso trabalho é problematizada a possibilidade de uma ética baseada unicamente pela razão sem conteúdo empírico, objetivando apresentar como é constituída a ética formal kantiana. O meio para o exame dessa problemática se produz a partir da distinção entre o conteúdo moral e o conteúdo do direito, observando a liberdade em seu atributo heterônomo e autônomo, para posteriormente, examinarmos como Kant fundamenta a moral formalista, real e possível

Tais pensamentos são importantes para o legado de Kant no que diz respeito à conduta do ser humano por meio da liberdade, em que nesta investigação tomamos sua distinção racional e prática. O conceito de moral para o filósofo, assim como o de direito, é alicerçado na liberdade, em que a tomamos na investigação de seu atributo interno e externo; para que possamos distinguir os aspectos morais e legais que são expressos nos critérios caracterizados explícitos e implícitos, relacionando estes aspectos à obrigação do dever, que concede o caráter deontológico à ética Kant.

No primeiro capítulo, a discussão em ética e direito abordará a distinção entre moralidade e legalidade, em que nos deparamos com a investigação da liberdade como base comum desses dois aspectos sob os atributos interno e externo, que são chave para uma propedêutica acerca do caráter formal da ética kantiana. Com a distinção conceitual da moral e do direito, o presente artigo discutirá como podemos examinar a ideia kantiana de justiça e a liberdade, elaborando um percurso sistemático para o segundo capítulo, no qual a abordagem centraliza a discussão entre liberdade e vontade, que caracteriza uma reflexão em nossa pesquisa de como o pensamento de Kant vai encaixar a liberdade e a vontade nas acepções que ladeiam o imperativo categórico. Por fim, em nosso terceiro capítulo, nós iremos examinar o imperativo categórico enquanto a forma de obrigação da lei moral, compreendendo-o a partir de sua formulação puramente racional.

## **2.ÉTICA E DIREITO: A DISTINÇÃO ENTRE MORALIDADE E LEGALIDADE**

---

<sup>6</sup> A obra intitulada *Metafísica dos costumes* é a reunião de dois escritos de Kant, a saber: *Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito* (1797), que diz respeito à primeira parte da compilação e foi utilizada para construção da presente produção, e *Primeiros princípios metafísicos da doutrina da virtude* (1786).

Referente à conduta do ser humano, Kant faz uma importante distinção entre moral e direito. Nessa distinção, ele faz a separação de dois tipos de legislação, uma que diz respeito à ação moral e outra à ação jurídica. Com o intuito de mostrar a diferença entre ambos, partimos da explicação formal que Kant faz do conteúdo da forma de obrigação para o cumprimento da norma. Assim, Kant aborda a ação moral:

- 1) ação moral é a que é realizada não para obedecer a uma certa atitude sensível, a um certo interesse material, mas *somente para obedecer à lei do dever*. [...]
- 2) ação moral é aquela que é cumprida não por fim, *mas somente pela máxima que a determina*. [...]
- 3) a ação moral é aquela que não é movida por outra inclinação a não ser o *respeito à lei* (BOBBIO, 2000, p. 87, grifo do autor).

Com isso, uma ação não precisa estar apenas em conformidade com a obrigação, mas que seja cumprida pelo dever. A partir disso é feita a distinção entre a moralidade e a legalidade. Esse primeiro conceito tem sua ação regida pelo *dever ser*, em que não há inclinação que a determine; o segundo diz respeito aos atos realizados em coerência com o dever, ou seja, a ação não é finalidade em si, mas a encontra em algum interesse exterior. Assim sendo, entre elas, a distinção não é de conteúdo, mas de forma (motivação da ação). Com isso, é feita a diferenciação formal entre moral e direito, ação moral e jurídica.

A mera concordância ou discrepância de uma ação com a lei, sem consideração ao móbil da mesma, denomina-se *legalidade* (conformidade à lei), mas aquela em que a ideia do dever pela lei é ao mesmo tempo o móbil da ação se chama *moralidade* (eticidade) da mesma (KANT, 2013, p. 26, grifo do autor).

Explicando a separação daqueles dois tipos de legislação elencados anteriormente, Kant apresenta a regulação das ações humanas sob duas óticas, uma interna e outra externa, em que ambas estão intimamente ligadas à discussão sobre moralidade e legalidade. Para tanto, é necessário compreender a diferença entre ações de caráter interno e externo, como também de deveres sob essas duas perspectivas.

Os atos quando se produzem a partir da liberdade e se referem às ações internas enquanto princípios que determinam o ser humano, são éticos (morais); aqueles apenas em coerência com a lei, são externos e jurídicos (legais). Os deveres resultantes da legislação jurídica são caracterizados externos por não necessitar que seu cumprimento o seja por si mesmo a motivação do sujeito. Quando, pois, os deveres forem realizados de

acordo com os princípios que determinam a vontade, serão internos. Ciente do caráter interno e externo, os modos de legislação procedem da mesma maneira. Assim, a regulação ética não condiz com a perspectiva externa, em que os impulsos e interesses formatam o motivo da ação, mas com a característica interna que procede unicamente pelo dever.

A legislação ética é aquela que não *pode* ser externa [...]; a legislação jurídica é a que também pode ser externa. Assim, manter sua promessa conforme ao contrato é dever, sem levar em consideração um outro móbil, pertence apenas à legislação *interior* (KANT, 2013, p. 27, grifo do autor).

Os atos legais são regidos pela legislação jurídica, em que importa a adesão externa às leis (mera conformidade) e não a intenção em realizá-las segundo o dever pelo dever. Por outro lado, as ações baseadas pela norma moral se produzem regidas unicamente pela intenção pura de realizar a lei pelo dever (BOBBIO, 2000, p. 92). Essa forma de cumprimento da lei que distingue a moralidade e a legalidade corresponde ao caráter explícito de nossa investigação quanto essa distinção.

O critério implícito de distinção entre moralidade e legalidade em Kant, é importante para a compreensão do conceito de direito. Desse modo, partimos da cariz do uso dos atributos interno e externo, não pelo viés da ação, dever ou legislação, mas da liberdade (BOBBIO, 2000, p. 95). A distinção entre a liberdade interna e externa é a outra via de diferenciação da moralidade e legalidade. Assim como nos outros casos, o atributo interno estará ligado à moralidade e, por outro lado, o externo à legalidade.

A liberdade sob o caráter interno é efetivada quando intimamente ligada à autonomia, concomitantemente, a este último o princípio universal da lei moral, o qual constitui o alicerce dos atos morais. Por outro lado, a liberdade externa corresponde às ações não privadas pelos outros homens que estão submetidos às mesmas leis. No que concerne a essas definições:

Por 'liberdade moral' deve ser entendida, segundo Kant, a faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós mesmos; por 'liberdade jurídica', a faculdade de agirmos no mundo externo, não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos, livres como nós, interna e externamente (BOBBIO, 2000, p. 94 – 95).

Dado isso, a liberdade interna e externa que expressa a diferença das definições de moralidade e legalidade mostra uma nova discussão em relação a anterior forma que foi apresentada a distinção entre esses dois aspectos. No conceito moralidade composto pelo viés interno da liberdade há uma relação do sujeito consigo mesmo, enquanto no de legalidade desenhada pela liberdade externa a relação que há não é consigo, mas com os demais homens. Com isso, surge agora uma novidade trazida por esse método de diferenciação, o que está em pauta não se resume à definição conceitual de moralidade e legalidade, mas também à forma da ação que, na liberdade interna está para sua própria consciência e na outra liberdade, a externa, o que há é a relação entre sujeitos livres.

Na moral o outro é visto como objeto (referência da ação), em que o valor moral não tem relação com os juízos dele; por outro lado, o direito enxerga o outro como sujeito, o qual seus juízos podem agir como exigência sobre sua ação (BOBBIO, 2000, p. 98). A partir dessa reflexão, o direito (dever jurídico) possibilita a cobrança do cumprimento da lei por parte dos sujeitos, pois, o dever jurídico expresso na liberdade externa está intimamente relacionado com a responsabilidade frente aos outros sujeitos livres, com direitos e também deveres, surgindo, dessa forma, as relações jurídicas.

Exposto a diferença entre moral e direito é possível adentrar na ideia desse segundo conceito. Para situarmos o pensamento jurídico dentro do horizonte kantiano é necessário enxergarmos a importância da passagem da liberdade à autonomia e depois à lei moral (KANT, 2009, p. 109). Como já exposto, a lei moral não procede de nenhum dado da experiência, pois é sintético *a priori*. Desse modo, o dever ser adquire o viés de universalidade sem qualquer espécie de barreira para a razão. O exercício da liberdade, assim como a própria vontade, não está carente de uma lei racional, pelo contrário, ambos são assistidos por tal regra regida racionalmente no que toca suas ações.

## **2.1 A RELAÇÃO ENTRE A IDEIA DE JUSTIÇA E LIBERDADE**

Para chegar à ideia de direito, Kant na *Metafísica dos costumes* (1797) aborda alguns aspectos importantes: a realidade prática (externa), a negação do direito meramente como referência ao desejo, os méritos e deméritos do cumprimento de normas e, por fim, a reciprocidade da relação com que o formalismo alcança determinado fim. O primeiro elemento levantado por Kant para a ideia de direito, o da relação externa, corresponde ao ponto de vista prático, referindo-se à medida em que as ações do ser humano afeta o outro; o segundo aponta ainda para a relação externa, porém aborda somente o próprio arbítrio do indivíduo; no terceiro e último elemento abordado por Kant não é considerada

a matéria (finalidade) na relação recíproca entre arbítrios, mas a forma, haja vista ser considerada a partir da liberdade e, com isso, resulta na possibilidade de conciliação da liberdade dos indivíduos por meio de uma lei moral (universal). Bobbio (2000, p.114) resume esses três elementos da ideia de direito em requisitos: "1) o direito pertence ao mundo das relações externas; 2) ele se constitui na relação de dois ou mais arbítrios; 3) [...] o direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios simples".

Diante da abordagem do direito feita por Kant, o que o filósofo busca, de acordo com Bobbio (2000, p. 118), é uma teorização da justiça como liberdade. Na divisão da doutrina do direito há então duas definições, sendo que a primeira é apresentada sob dois tipos: um primeiro, chamado de doutrina sistemática que diz respeito ao caráter natural fundamentado em princípios *a priori*, e positivo, o qual é fundado pela legislação externa; o segundo direito da referida divisão, está para a faculdade de obrigação legal por parte dos sujeitos entre si, sendo que, tal capacidade abordada é separada em direito inato (interno) e adquirido (externo). Enquanto no direito inato é ausente o caráter jurídica dos atos, no direito adquirido esse caráter é efetivo (KANT, 2013, p. 41 – 42).

É, pois, a liberdade o único direito inato apontado por Kant à coexistência entre a liberdade dos indivíduos. Neste princípio inato que é a liberdade, estão concisas competências que dela não se encontra distinção, as quais: a igualdade (cobrança por parte dos outros para o cumprimento das leis que ambos estão submetidos), autonomia e integridade.

A efetivação da liberdade (externa e jurídica) é colocada junto ao outro dentro da sociedade civil, de sorte que a limitação colocada para o indivíduo seja em favor da garantia do exercício da liberdade do outro, e melhor, a ação do indivíduo deve ser efetivada em harmonia com o direito dos outros, de acordo com a igualdade de retenção do arbítrio. É dessa forma que é constituído o conceito de justiça em Kant, como alicerce da moral do pensamento político.

Kant aborda a igualdade como resultante do conceito de liberdade externa, a qual constitui o princípio da humanidade. No que concerne a isso:

*A liberdade* (a independência em relação ao arbítrio coercitivo de um outro), na medida em que possa coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é esse direito único, originário, que cabe a todo homem em virtude de sua humanidade.



– E as seguintes competências já estão no princípio da liberdade inata e dela não se distinguem realmente (como membros da divisão sob um conceito superior do direito): a *igualdade* inata, isto é, a independência que consiste em não ser obrigado por outrem senão àquelas coisas a que também reciprocamente se pode obrigá-los; (KANT, 2013, p. 42, grifo do autor).

A igualdade em Kant está relacionada com a reflexão de caráter jurídico, em que as normas positivas sejam válidas para todos, pois são os seres racionais que a legislam autenticamente quando agem livremente (interna e moralmente) sem qualquer influência exterior (SALGADO, 1986, p. 296). Em contrapartida, quando o sujeito não consegue exercer sua liberdade externa por impedimento dos outros, é conceituada então a ação injusta, ou melhor, enquanto a justiça está intimamente relacionada com a coexistência da liberdade dos sujeitos, a injustiça é resultado da interferência por parte de outros na execução de sua liberdade (BOBBIO, 2000, p.119).

Sabido que a liberdade é qualidade de todo ser humano, a justiça é, então, toda promoção dessa liberdade, sendo, com isso, o elemento que deve reger os estados. Dessa forma, vemos que Kant não propõe o que *é* o direito, mas o que ele *deve ser*, pois, a problemática do filósofo é a justiça, ou melhor, o apontamento das ações justas e injustas (BOBBIO, 2000, p. 115 – 116). De tal modo, tanto a política quanto o estado não devem garantir a efetivação de um suposto *τέλος* do ser humano, como por exemplo a promoção da felicidade, mas assegurar a liberdade, que é a base de toda ideia de direito, haja vista ele ser entendido a partir dela.

Dessa discussão decorre a lei universal do próprio direito:

[...] – “aja externamente de tal modo que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal” – é realmente, portanto, uma lei que me impõe uma obrigação, mas que não espera de modo algum, e menos ainda exige, que eu *mesmo deva* limitar totalmente minha liberdade àquelas condições em nome dessa obrigação. A razão diz apenas que o arbítrio *é* limitado em sua ideia e também que tem de ser limitado por outro, e isso ela diz como um postulado que não é suscetível de prova ulterior alguma (KANT, 2013, p. 36, grifo do autor).

Por fim, ainda quanto à liberdade, é importante conjecturar as abordagens anteriores e considerar que Kant a apresenta sob dois prismas, um negativo (externo) e outro positivo (interno). O primeiro deles responde ao que se refere à heteronomia, ou seja, à determinação sob influência de causas exteriores, haja vista o efeito produzido ser possível quando algo estranho a ela, enquanto causa eficiente, a determina; enquanto a segunda aborda a liberdade como autonomia, em que as regras de submissão são legislaadas pelos próprios sujeitos. O último viés da liberdade é identificado no fundamento do imperativo categórico enquanto lei universal e objeto em si mesmo (CAYGILL, 2000, p. 193).

### 3. LIBERDADE E A VONTADE

Na liberdade interna que implica a vontade (identificada como a própria razão prática), está contida a centralidade do pensamento ético de Kant. Com isso, é delineada a moral kantiana não pelo caráter empírico, mas unicamente fundamentada a partir da vontade, concomitantemente, da razão prática. “Neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma **boa vontade**” (KANT, 2009, p. 21, grifo do autor).

No que toca essa referida ideia central da ética kantiana, Salgado (1986) expõe:

A vontade aparece como um elemento central da filosofia kantiana. É o seu mais profundo interior, em torno do qual giram os conceitos da ética. [...] Ela é a própria razão pura prática, ou, na linguagem da *fundamentação* – cujo objeto de estudo é a vontade – a capacidade de o ser racional agir, não somente segundo leis, como ocorre na natureza, mas “segundo a representação de leis, isto é, segundo princípios (p. 158, grifo do autor).

A vontade é o que determina a moralidade das ações. Os atos do ser humano, para que sejam concebidos como morais, devem responder unicamente à própria vontade e não a qualquer realidade exterior ao indivíduo. Ela é livre quando criadora das leis, dando-lhes forma, pelas quais se submeterá. A partir disso, é garantido o caráter de universalidade, afastando-se da moralidade empírica pautada em realidades exteriores. Assim, é constituída a célebre máxima de Kant que desenha a lei fundamental da razão pura prática: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal” (KANT, 2017, p. 49).

O que leva Kant ao desprezo da ética fundamentada em princípios empíricos e não da razão é a necessidade dos princípios da moral serem universais<sup>7</sup>, para que assim, sirvam de legislação para todos os seres racionais. Joaquim Carlos Salgado (1939 – ), grande divulgador do pensamento alemão no Brasil na segunda metade do século XX em *A ideia de justiça em Kant* (1986) sintetiza o conceito de vontade em Kant, apresentando-o a partir de sua ausência de finalidade exterior, sendo, pois, si mesmo o seu próprio fim, que possibilita a universalização das máximas.

Ora, a vontade é boa em si mesma, porque, não submetida às afecções dos sentidos, não está contaminada por nada que possa torna-la má. A vontade não deve ser julgada por um critério exterior: ela própria é o critério de todo valor, do bem e do mal. “Ela é a faculdade de determinar-se somente por aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, isto é, como bom”. A regra criada pela vontade pura (não sujeita às inclinações sensíveis) é necessariamente conforme essa vontade. Só por isso ela é válida (SALGADO, 1986, p. 162).

Diz Galvão (2009, p. 14) na introdução da *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785):

Kant considera evidente que os princípios morais são necessários e rigorosamente universais: aplicam-se forçosamente a todos nós em todas as circunstâncias possíveis. Ora, como vimos, pela experiência nunca podemos conhecer nada de necessário e rigorosamente universal, o que significa que só com a razão – e nada mais – será possível encontrar o princípio supremo da moralidade.

Tais princípios morais são produtos da vontade, da razão prática, em que ambos são conjecturas de determinação universal da razão, tendo como possibilidade de ordenamento prático as regras práticas. Com isso, a vontade, que é livre em si mesma, atua como autodeterminação por meio das regras ditadas por si. Quando esta regra determinada pela razão é concretizada pelo indivíduo, surge o conceito de arbítrio. O

---

<sup>7</sup> Pensar os princípios da moralidade do ponto de vista universal obriga Kant a considerá-los a partir do que correspondem, a saber: do seu caráter *a priori*, sendo fruto unicamente da razão prática (presente em todas os seres racionais) e não efeitos da experiência.

arbítrio quando não submetido à espontaneidade<sup>8</sup> e à lei moral engendra máximas (princípios objetivos) que não correspondem à lei da vontade autônoma, mas à condição do sujeito em sua particularidade sem possibilidade de universalização (princípios subjetivos) (KANT, 2017, p. 33) <sup>9</sup>. O processo de concretização da lei moral, ou seja, de submissão às leis da razão, caracteriza a liberdade do arbítrio em dois pontos, a saber: na esquivar às inclinações da natureza e na sujeição ao mandato da razão.

A aplicação da ideia de liberdade enquanto espontaneidade é impossível para o plano cosmológico e só é possível dentro do próprio plano da razão, haja vista o plano cosmológico comportar a noção de causalidade. Esse novo conceito aqui abordado implica a possibilidade de efeitos causados pela liberdade, porém, tais fenômenos resultantes da espontaneidade estão restritos à concepção transcendental. No que concerne a isto, Kant apresenta na *Crítica da razão prática* (1788):

Instauramos no princípio moral uma lei da causalidade que coloca o fundamento de determinação da mesma acima de todas as condições do mundo sensível, mas não consideramos como a vontade, enquanto determinável como pertencente a um mundo inteligível e, por conseguinte, o sujeito desta vontade (o homem), não só como pertencente a um mundo inteligível puro, embora para nós desconhecido nessa relação (como poderia ocorrer segundo a crítica da razão pura especulativa) mas *determinado* em relação à sua causalidade e mediante uma lei, a qual não pode ser incluída entre as leis naturais do mundo sensível (KANT, 2017, p. 73, grifo do autor).

Ou seja, a causalidade no interior do princípio moral está sobre as determinações que condicionam o mundo sensível e, conseqüentemente, a experiência. A lei moral independe da experiência. Assim, essa relação ainda não conhecida apontada por Kant no excerto acima, não permite a redução do ser humano ao seu caráter fenomênico. Com isso, as ações morais do seres humanos são independentes da empiria, pois a causalidade da liberdade está inteiramente relacionada ao plano transcendental, do ponto de vista

---

<sup>8</sup> O conceito da liberdade enquanto espontaneidade é apresentada na *Crítica da razão pura* (1781) relacionada a uma espécie de causalidade inteligível, a qual é possibilidade de uma série de efeitos (fenômenos) causados a partir de si.

<sup>9</sup> Os dois polos característicos da liberdade do arbítrio formatam a aplicação das leis determinadas pela vontade, os quais são: espontaneidade e submissão às leis da razão.

negativo quanto a não dependência da moralidade aos sentidos e do ponto de vista positivo em relação à capacidade de produção de efeitos. “[...] [N]o [conceito] de uma vontade pura, encontramos o conceito da causalidade com liberdade, isto é, não resulta determinável segundo as leis da natureza [...]” (KANT, 2017, p. 80).

Assim, a liberdade não é resultado das imposições sensoriais, ou melhor, não é efeito causado pelos sentidos, mas causa de uma série de eventos no plano dos fenômenos. A liberdade que compõe a lei moral tem sua gênese distinta da experiência e com aplicabilidade restrita à lei moral, ao uso prático. Para tanto, é importante considerar precedente à anterior afirmação – no plano lógico –, a possibilidade e a validação do imperativo categórico e da lei moral a partir da ideia que a pressupõe, a liberdade (que vista unida à vontade aponta para a autonomia, cuja é condição formal que a determina) (KANT, 2009. p. 121).

A liberdade abordada na ética kantiana tem sua efetividade possibilitada pela razão prática. “O conceito da liberdade, ao mesmo tempo que a sua realidade, fica demonstrado por meio de uma lei apodítica da razão prática e constitui a *pedra angular* de todo o edifício de um sistema da razão pura [...]” (KANT, 2017, p. 17, grifo do autor). Essa espécie de necessidade lógica da razão prática que concede objetividade à liberdade dá também realidade à lei moral enquanto sua manifestação, ou seja, é a razão, essa prática, tendo, pois, realidade objetiva, fato que concede realidade à liberdade e à lei moral, e como a moralidade manifesta a razão prática ela é fato dessa mesma razão. A esse respeito Kant (2017, p. 20) elucida:

[...] a razão prática por si mesma [...] proporciona realidade a um objeto suprassensível da categoria da casualidade, isto é, à *liberdade* (mesmo quando, como conceito prático, só também para o uso prático), e confirmam assim, por tanto, por meio de um feito, o que ali só podia ser *pensado* (grifo do autor).

A lei moral é fato da razão, pois, é conferido a ela por meio dessa razão prática não somente a possibilidade, mas a realidade, mesmo ela sendo distinta das coisas dadas no plano sensível. “Se, como razão pura, ela é realmente prática, isso demonstra a sua natureza imanente e a dos seus conceitos por esse próprio fato, sendo vã toda a disputa contra a possibilidade de efetivá-lo” (KANT, 2017, p. 17).

Desse modo, chegamos à conclusão de que a ética apresentada por Kant tem um caráter inteiramente formal, ou seja, refere-se à capacidade das pessoas agirem de acordo com princípios *a priori*. Reforçando a afirmação, segue o comentário de Salgado (1986):

Todas essas considerações sobre a vontade estão a mostrar que a ética de Kant, exatamente por tentar constituir-se de princípios *a priori*, válidos universalmente, é uma ética formal, por suportar-se na vontade formal, como faculdade da ação moral, ou seja, a “capacidade de o ser humano agir segundo princípios”, ou ainda, a faculdade de determinar-se segundo o que “a razão, independentemente de qualquer inclinação, reconhece como praticamente” (moralmente) necessário (p. 164, grifo nosso).

O cunho formal da ética de Kant é desenhado pela autonomia intrinsecamente relacionada à vontade, a qual aparece como constituidora dessa ética, alicerçada pelos princípios universais. Tais princípios para serem válidos é necessário que sejam ausentes em sua totalidade do querer particular dos indivíduos, afim de que a própria vontade seja fim em si mesma, e não meio para alcançar qualquer coisa que não seja si próprio. Então, a ética passa a dizer respeito unicamente ao sujeito e não ao objeto, com isso o caráter transcendental, concomitantemente, de conteúdo *a priori* e universal.

Na discussão sobre a liberdade é necessário considerar o ser humano sob dois vieses, os quais: do ponto de vista sensível, em que o indivíduo está submetido e submisso às leis naturais (heteronomia) e também inteligível, quando este estiver à serventia das leis erigidas sob a razão. Enquanto ser racional, o ser humano não deve pensar a causalidade à revelia do conceito de liberdade (autonomia), haja vista ser tal conceito a autêntica possibilidade da independência de toda realidade subjetiva. O conceito de liberdade para sua efetivação pressupõe a consciência por parte dos seres racionais sobre seus atos como resultado de sua própria causalidade, quando provido de vontade e, agindo sob tal pressuposto.

#### **4.IMPERATIVO CATEGÓRICO: A FORMA DE OBRIGAÇÃO DA LEI MORAL**

Para que não nos tornemos demasiado abstratos, vamos resolver esta questão [da moralidade], aplicando-a em seguida ao caso presente. Na amplificação prática de

um conhecimento puro, deve ser dada uma intenção *a priori*, isto é, um fim como objeto (da vontade) que, independentemente de todo o princípio teórico, seja representado como praticamente necessário por um imperativo que determine imediatamente a vontade (um imperativo categórico), o que, consiste aqui no *sumo bem* (KANT, 2017, p. 175, grifo do autor).

Considerar a ética formal de Kant do ponto de vista que a denuncia como arredia à realidade é precipitar-se ao erro no que toca a fidelidade ao pensamento do filósofo, pois, a lei moral kantiana não está alheia a ela, ou melhor, a ética formal está relacionada intrinsecamente com a realidade, essa dos atos do ser humano que através da casualidade gera série de fenômenos no plano sensitivo. Consequentemente, surge pertinente questão: como é possível uma ética formal que não se fundamenta nem viabiliza fins exteriores (lei moral kantiana) encontrar possibilidade de efetivação? A resposta vem com as próprias palavras do autor:

Todavia, no homem, a lei possui, no primeiro caso, a forma de um imperativo, porque, na qualidade de ser racional, pode-se supor nele uma vontade *pura*, [...] Para aqueles seres [os que observam a boa vontade] a lei moral, portanto, é um imperativo que manda categoricamente, porque a lei é incondicionada. A relação de tal vontade com essa lei é de *dependência* (*Abhängigkeit*) sob o nome de *obrigação* (*Verbindlichkeit*), significa uma *compulsão* (*Nötigung*), ainda quando só exercitada pela razão comum e por sua lei objetiva para uma ação por isso denominada *dever* [...] (KANT, 2017, p. 51, grifo do autor).

A lei moral kantiana é endossada pelo formalismo, em que desconsiderado o conteúdo sensível, é universal a todos os seres racionais. Seguindo esse viés, o cumprimento da lei moral se constitui pela submissão à própria lei moral por parte do sujeito. Dessa maneira, Kant caracteriza o conceito de dever. Portanto, o imperativo que implica a efetivação do dever, o qual é concebido a partir da autonomia, não é conceito

idêntico ao de máximas, mas expressão do dever ser (KANT, 1986, p. 208). Quanto ao conceito de autonomia, carece a seguinte explicação do próprio Kant:

*“A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas [...]. Todavia aquela independência é liberdade no sentido negativo, enquanto esta legislação própria da razão pura, e como tal, prática, é liberdade no sentido positivo. Desse modo, a lei moral apenas exprime a autonomia da razão pura prática, isto é, a liberdade [...]”* (KANT, 2017, p. 52 – 53, grifo do autor).

O conceito de imperativo para Kant diz respeito à concretização de um fim por via da ação livre expressada por uma proposição. As referidas sentenças são erigidas sob uma espécie de necessidade, seja da afirmação de algo *ser*, seja da declaração desse mesmo, *dever ser*. Este último responde a um elo entre objetividade e subjetividade, formatada por uma relação entre uma lei objetiva da razão com uma vontade, subjetiva em sua constituição, que não está sob determinação dessa lei.

Kant apresenta dois imperativos, um hipotético e outro categórico, os quais são caracterizados pela finalidade a partir da relação entre a lei moral e a vontade subjetiva. Enquanto o de caráter hipotético dirige a mencionada relação a um fim, o categórico não encontra finalidade fora da própria realização do *dever ser*. Na análise histórica do pensamento ético do Ocidente, a moral contemplou o viés hipotético, em que as ações eram regidas pela finalidade. Mas a proposta de Kant é uma contrapartida, de modo que em observação ao imperativo categórico a ação moral não estaria imbuída por um fim (τέλος), mas se encerraria em si mesma, servindo como princípio prático (CAYGILL, 2000, p. 192).

O imperativo quando expresso pelo *dever ser* “[...] revela uma relação de uma lei objetiva com uma vontade que não se determina necessariamente’ pela lei” (SALGADO, 1986, p. 210). Portanto, o imperativo que aqui importa, por não ser produto da experiência e oferecer unicamente juízos sintéticos *a priori*, condicionados para as formas puras da sensibilidade, é o categórico. Com isso, esse imperativo é uma máxima formal (objetividade), uma sentença sintético *a priori* de aplicação na subjetividade.

Além da definição dada anteriormente, o imperativo aqui referido é categórico enquanto ordem incondicional de expressão da universalidade, de modo que é também



formal. O caráter sintético *a priori* de tal imperativo diz respeito a aspectos basilares, os quais:

[...] sintético, porque a ligação da minha máxima com a moral não está incluída previamente na vontade; e *a priori*, porque não decorre da experiência, pois essa ligação (entre vontade e ação) é universal e necessária (SALGADO, 1986, p. 218 – 219, grifo do autor).

A experiência não oferece a possibilidade de encontrar princípios de rigor universal, de modo que é a razão que os proporciona. Unicamente a vontade pura é responsável pela estruturação da ética. O imperativo categórico caracteriza a concretização da universalidade nas ações humanas, que configuram o caráter deontológico da moral kantiana.

Por via do imperativo categórico, regra pela qual são julgados moralmente os atos humanos, é possível identificar as ações do ser humano executadas à luz do dever. É clara a importância de tal imperativo para a construção da ética formal kantiana, porém o autor além de mostrar os resultados (os quais caracterizavam as ações como morais) do seu pensamento prático, busca justificá-lo a partir de argumentos *a priori*. Para tanto, é necessário reconhecer que o imperativo categórico atesta uma lei prática que age por si, de sorte que a sua submissão é o próprio *dever ser*. Com isso,

A necessidade de provar a existência do imperativo conduziu primeiro à busca da lei que ordena absolutamente e depois a “algo cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, possa ser o fundamento de determinadas leis” (p.428, p.35). Isso formaria a base da lei prática e do imperativo categórico (CAYGILL, 2000, p.193).

Em vista disso, Kant não busca um fim que seja em si mesmo, mas um valor de caráter absoluto, contido na pessoa, com este fim. Kant cessa a procura por um fim em si mesmo pela busca de um valor absoluto (que contém fim em si mesmo). A vontade indica para um fim capital. Tal fim, sendo adequado à regra, resulta na eventualidade do imperativo do *dever ser*. Assim, a partir da análise de que o princípio ético está na razão, o fim capital da vontade é então absoluto. Com isso, consiste no ser humano o fim absoluto da vontade (BERTAGNOLI, 2017, p. 10). Com essa discussão, Kant é considerado pensador importante para a discussão sobre os direitos humanos na defesa da dignidade do ser

humano. Por fim, podemos compreender a constrição ética da moral kantiana, partindo da liberdade ao imperativo categórico fundamentado na razão prática.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade, concepção chave de todo pensamento iluminista, em Kant aparece sob duas formas, uma interna e outra externa. Ela do ponto de vista interno aponta para a vontade, essa responsável pela legislação autônoma de seu próprio código moral, de sorte que seu cumprimento está relacionado ao próprio imperativo da razão, o qual implica o dever por ele mesmo enquanto forma de obrigação. Por outro lado, a dimensão externa está relacionada à heteronomia, em que suas ações respondem ao imperativo referente às afecções dos sentidos, pelo qual encontra não na ação, mas no que dela resulta, a sua finalidade. Assim sendo, a forma de obrigação por meio da liberdade no cumprimento da legislação, essa também externa, relaciona-se ao imperativo hipotético, por encontrar fim no que procede da ação.

Portanto, em Kant na discussão acerca da ética a partir da distinção em relação ao direito, além das conclusões anteriores da liberdade sob o atributo interno e externo, prova-se que toda a lei moral é fato da razão prática, fundamentada por via racional que não contém fim fora de si e todo conteúdo que dela provém está no plano interno, autônomo, da liberdade, que tem sua objetividade e realidade garantida pelo caráter prático da razão pura, de modo que, encontra a partir do imperativo categórico a maneira de efetivação do mandato da razão prática por via do *dever ser*, que caracteriza a forma de obrigação desse imperativo.

## 6. BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2ª. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BERTAGNOLI, Afonso. Os elementos morais na Crítica da razão prática. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão Prática**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. (coleção clássico para todos).

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. (coleção clássico para todos).

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Prefácio. In: GALVÃO, Pedro. **Introdução**. Lisboa: Edições 70, 2009.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

## A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL NOS CASOS DE ESTUPRO MARITAL

**KÉTHILIN KAREN ALBERGUINI:**  
Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul-SP

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

**RESUMO:** Trata-se de revisão de literatura cujo objetivo é o de analisar a aplicação da legislação brasileira no tocante ao estupro marital. O estupro marital consiste na prática do crime de estupro pelo cônjuge ou companheiro, prática esta que há anos ocorre na sociedade sem que, na maioria das vezes, a vítima saiba que se encontra nessa situação. Assim sendo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio da análise de livros, legislação e materiais publicados em bases de dados eletrônicos. Como principal resultado tem-se o fato de que mesmo que a legislação penal não fale expressa e especificamente sobre o estupro marital, o cônjuge que força a mulher para praticar ato sexual deve ser enquadrado no crime de estupro, bem como, enseja a aplicação das medidas previstas na Lei Maria da Penha.

**Palavras-chave:** Estupro marital. Relação conjugal. Invisibilidade. Liberdade sexual.

**ABSTRACT:** This is a literature review whose objective is to analyze the application of Brazilian legislation regarding marital rape. Marital rape is the practice of the crime of rape by the spouse or partner, a practice that has occurred in society for years without, in most cases, the victim knowing that he is in this situation. Therefore, a bibliographical research on the subject was carried out, through the analysis of books, legislation and materials published in electronic databases. The main result is the fact that even though the criminal legislation does not expressly and specifically address marital rape, the spouse who forces the woman to perform a sexual act must be framed in the crime of rape, as well as giving rise to the application of measures provided for in the Maria da Penha Law.

**Keywords:** Marital rape. Marital relationship. Invisibility. Sexual freedom.

### 1 INTRODUÇÃO

O estupro marital consiste em um ilícito que é praticado desde os tempos mais remotos, motivado pelo retrógrado conceito e percepção de que a mulher era mero objeto de satisfação dos desejos do homem, não possuindo, portanto, liberdade sexual e sendo seu corpo considerado de propriedade dos maridos.

Embora anos de evolução, a sociedade ainda entende que a prática de ato sexual no casamento é um dever e a mulher precisa realizá-lo mesmo quando esta não é sua vontade, de modo que quando o marido lhe obriga a tal prática, não se entende como estupro ou violência sexual, uma vez que é compreendido como obrigação. Ocorre que tal pensamento deve ser superado, haja vista que a legislação brasileira já reconhece que a prática de relação sexual forçada encontra enquadrada como crime, no art. 213 do Código Penal.

Com base nisso, este trabalho tem como objetivo geral o de analisar a aplicabilidade da legislação brasileira quanto a prática de estupro pelo cônjuge. Como objetivos específicos, tem-se: conceituar o estupro marital; demonstrar a evolução dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; analisar de que forma o Código Penal trata o crime de estupro e sua previsão sobre o estupro marital.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, descritiva, teórica e bibliográfica, a qual foi desenvolvida mediante a coleta de dados com base em materiais de fontes secundárias, quais sejam, livros de renomados autores da área do Direito Penal, legislação pertinente ao tema e materiais publicados em bases de dados eletrônicos.

## **2 O CRIME DE ESTUPRO**

O Código Criminal do Império do Brasil, no ano de 1830 foi o primeiro instrumento legislativo a classificar o crime de estupro, sendo previsto no Capítulo II – Dos crimes contra a segurança da honra, na Seção I – Estupro, nos arts. 219 à 225.

O art. 219 versava sobre a defloração da mulher virgem, menor de dezessete anos, impondo a pena de ser banido do local onde cometeu o crime por um a três anos, em conjunto com o dever de dotar a vítima. No art. 220, caso o estupro fosse cometido por quem tivesse o poder ou a guarda da deflorada, este era banido da província por dois a seis anos. (NUCCI, 2010)

No art. 221, se o estupro fosse cometido por parente da deflorada em grau que não se permitia o casamento, ao mesmo era aplicada a pena de degredo por dois a seis anos para a província mais próxima, e o dever de dotar a deflorada era mantido.

O art. 222 tratava da conjunção carnal mediante violência ou ameaça com qualquer mulher honesta, ao qual era aplicado a pena de prisão por três a doze anos, e o dever de dotar a vítima. O art. 223 trazia a disposição sobre a ofensa pessoal com a finalidade do ato libidinoso, causando dor ou algum mal físico a alguma mulher, nesse caso, o agressor era condenado a prisão por um a seis meses e multa, além de o mesmo incorrer também no delito de ofensa.

O Código versava sobre a sedução de mulher honesta, menor de dezessete anos e ter com esta a conjunção carnal, este incorreria na pena de degredo por um a três anos e o dever de dotar. E por fim, o art. 225 determinava a extinção da pena para os crimes descritos nos arts. 222, 223 e 224 caso o agressor se casasse com a vítima. (NUCCI, 2010)

Observa-se que o referido Código fazia uma diferença quanto as penas aplicadas caso a vítima fosse "honestas" ou prostituta.

Mais adiante, no ano de 1890, entrou em vigor o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil – Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, o qual versava sobre o crime de estupro no Título VIII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, no Capítulo I – Da violência carnal, nos respectivos arts. 266 à 269:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena - de prisão cellualar por um a seis annos.

Parapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seducção, engano ou fraude:

Pena - de prisão cellualar por um a quatro annos.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellualar por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta:

Pena - de prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestesicos e narcoticos. (BRASIL, 1890)

Como visto, o Código de 1890 tratava o crime de estupro de forma genérica, englobava os crimes de defloração e o de sedução de mulher. A violência era entendida como o emprego de força física e todo e qualquer meio que pudesse privar a mulher de suas faculdades psíquicas, privando-a da possibilidade de resistir e defender-se.

Quanto ao Código Penal de 1940, o que se mantém em vigor até a atualidade, inicialmente o crime de estupro só poderia ser executado por homens e somente as mulheres poderiam ser o sujeito passivo do mesmo. Era previsto no art. 213 que dizia “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de três a oito anos” (BRASIL, 1940). Como se vê, por longos anos não era prevista a hipótese de uma mulher praticar as condutas relacionadas ao crime de estupro.

Ocorre que, o Direito Penal deve estar em consonância com o contexto social e estar atualizado em relação a época de sua aplicação. Nesse sentido, tem-se o ensinamento de Nucci (2010, p. 04):

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos

A dignidade sexual consiste em ser um direito fundamental, pertencente ao campo da intimidade, relacionado com a vida privada e a honra. Trata-se também de um direito da personalidade, sendo, portanto, inviolável. Ademais, a vida privada e a intimidade são compreendidas pela Carta Magna como valores humanos, sendo direito individual.

O Direito Penal deve mover-se em face dos anseios e das necessidades sociais, tendo em vista que é um mecanismo de controle social. Dessa forma, as transformações sociais acarretaram em mudanças legislativas que se fizeram necessárias após a década de 40.

## 2.1 A Reforma Penal de 2009

A edição original do Código Penal de 1940 abordava os crimes sexuais em conformidade com os costumes, ou seja, normas relacionadas com as formas de convivência social. É fácil constatar que os legisladores das épocas remotas editavam leis que visavam proteger a um mínimo ético, haja vista que a repressão dos delitos de ordem sexual confrontava o instinto sexual do homem. Nesse sentido, Noronha (2002, p. 70) dispõe:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não pode se furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie.

Ao contextualizar a escrita do Código Penal de 1940 faz-se necessário considerar o período histórico em que ele foi escrito e os acontecimentos sociais que marcaram a época. Tem-se ainda a necessidade de considerar o processo de urbanização, modernização e industrialização onde passava esse dia, exigindo novas formas jurídicas que viessem a respaldar o Estado nas resoluções de conflito. (ROLIM, 2007)

Nesse cenário que houve a alteração de 2009, mediante a Lei nº 12.015, que promoveu mudanças no título VI do Código Penal, alterando a antiga expressão “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”, o que se mostrou mais adequada a realidade.

A expressão ora revogada tinha como finalidade salvaguardar os bons costumes e não a dignidade sexual propriamente dita. Portanto, em face da consagração das garantias constitucionais, atrelado ao progresso social, tal percepção foi superada, levando em consideração a indispensabilidade de se moldar conforme a dignidade, tal como a liberdade sexual de cada ser humano.

O diploma penal não está voltado apenas à proteção de regras meramente morais ou éticas, mas age também na defesa de bens jurídicos. Acerca disso, Nucci (2013, p. 960) dispõe:

[...] estava a merecer de uma autêntica reforma nesse contexto. O que o Legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente,



sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, possam ser imorais ou inadequados.

A legislação em comento buscou voltar-se ao respeito da pessoa humana, como sendo base do Estado Democrático de Direito. O que se demonstra é na legislação anterior as vítimas não estavam protegidas de forma eficaz. Acerca do antigo título do Código Penal Bitencourt (2018, p. 37) assevera que “era impróprio, na medida em que não correspondia aos bens jurídicos que o mesmo pretendia tutelar”.

Sobre o assunto, e acerca da modificação, Rogério Greco (2018, p. 440) dispõe:

Que com a modificação legislativa, percebeu-se que o foco de proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Conseqüentemente, a Lei nº 12.015 de 2009 fez a união do estupro e o atentado violento ao pudor no art. 213 do Código Penal, evitando assim, diversas confusões acerca do tipo penal. A pena do delito também aumentou de seis meses a dez anos de reclusão, ressaltando a irrelevância do sujeito passivo ser do sexo feminino ou masculino.

A modificação da nomenclatura demonstra um avanço no ordenamento penal brasileiro, que na atualidade protege a vítima de forma total, dispondo sobre os crimes sexuais como uma evidente violação a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, dispõe Greco (2018, p. 522):

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela de sua dignidade sexual.

Observa-se que o interesse principal dessa modificação era facilitar a interpretação do bem jurídico preservado. O foco, portanto, era a preservação da dignidade da pessoa humana, pelo viés da liberdade sexual. A necessidade de reforma do título VI do Código Penal se deu em face da promulgação da atual Constituição Federal, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (ESTEFAM, 2009)

Ademais, a lei em comento trouxe duas qualificadoras para a infração penal, majorando a intenção de punir aqueles que violam a liberdade sexual de outrem. Sendo assim, para quem comete o crime tipificado no caput do artigo, a pena é de seis a dez anos de reclusão. Se da conduta resultar lesão corporal grave, a sanção passa a ser de oito a doze anos de reclusão. Caso a vítima seja menor de catorze anos, a condenação será de oito a quinze anos de reclusão. Por fim, se da ação resultar a morte, a pena é de doze a trinta anos de reclusão. (BRASIL, 2009)

Como se vê, a mudança legislativa buscou acima de tudo assegurar a dignidade humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual em si, e proteger aqueles que se encontram em situações de fragilidade, acometidos por situações que não lhe propiciam o discernimento devido para o consentimento do ato.

### **3 DO ESTUPRO MARITAL**

#### **3.1 Breves considerações sobre a luta feminina em prol dos direitos sexuais e reprodutivos**

Os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres são frutos de árduas lutas e movimentos sociais feministas. Em solo brasileiro, destaca-se a Constituição Federal de 1988 como marco histórico sobre a temática, a qual traz em seu Título VII da Ordem Social, no Capítulo VII, mais precisamente no art. 226, §7º o dever do Estado no que tange às ações sobre o Planejamento Familiar, posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.263/1996.

Em âmbito internacional, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – CIPD – a qual foi promovida pela Organização das Nações Unidas – ONU – em 1994, no Cairo, concedeu um novo olhar sobre os direitos sexuais e reprodutivos, dando enfoque sobre o olhar humanizado e não somente como perspectiva demográfica. Desse modo, os direitos sexuais e reprodutivos passaram a ser concebidos do ponto de vista dos direitos humanos. Com base nisso, a Cartilha sobre os Direitos Sexuais e Reprodutivos publicada em 2005 pelo governo federal entende tais direitos como sendo:

[...] direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência (BRASIL, 2005, p. 7)

No que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher ocorrida em 1995 em Pequim revalidou os pontos estabelecidos pela Conferência de Cairo, de modo que os direitos sexuais foram concebidos de forma autônoma dos direitos reprodutivos. Sobre a mudança nesse paradigma, Ventura e Negrão (2012) citados por Ferreira, Costa e Melo (2014, p. 389) discorrem que:

As mobilizações da sociedade tiveram fundamental importância para a criação de políticas e programas voltados ao tema. Os marcos legais atuais encontram-se na Constituição Federal de 1988, na Lei do Planejamento Familiar de 1996, na Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM) de 2004 e em pactos internacionais como o Programa de Ação do Cairo de 1994, entre outros.

Observa-se que os direitos sexuais e reprodutivos não são a mesma coisa, embora a maioria das pessoas assim os compreendem, no entanto, estão diretamente relacionados. Com base na luta feminista, Ávila (2003) afirma que o direito reprodutivo está relacionado com a igualdade e a liberdade no que tange à vida reprodutiva, enquanto os direitos sexuais dizem respeito a igualdade e liberdade da sexualidade.

As mulheres lutaram e ainda lutam constantemente pela autonomia e liberdade sexual, bem como a reprodutivo, que devido ao sistema patriarcal foram comprometidos durante longos anos. As vitórias vieram à passos curtos e com a ascensão da democratização. Sobre isso, Ávila (2003, p. 467) discorre da seguinte forma:

Para as mulheres, a condição de sujeito construtores de direitos, e nesse caso construtoras de direitos reprodutivos e direitos sexuais, significa romper com a heteronomia a que sempre estiveram submetidas, em relação ao uso de seus próprios corpos, uma vez que todas as regras e tabus que controlaram e reprimiram suas vivências corporais na sexualidade e na reprodução foram historicamente determinadas pelos homens. Essa repressão e esse controle do corpo e da sexualidade são elementos centrais da dominação patriarcal e da sua reprodução.

Embora sejam assegurados pela legislação, os direitos sexuais e reprodutivos não são desfrutados por todas as mulheres, uma vez que a violência, opressão, dominação e a exploração são instrumentos que mantêm o domínio da vida sexual das mulheres mesmo diante de tanta evolução.

Acerca do planejamento familiar, trata-se ações que compreendem como livre a decisão do homem, mulher ou do casal para controlar, estagnar ou aumentar a prole. Tal

planejamento é efetivado como sendo uma competência do Estado para propiciar recursos para seu funcionamento e não pode estar vinculado com o controle demográfico. (FERREIRA; COSTA; MELO, 2014)

Ao desenvolver ações governamentais, o intuito é responder e atender as necessidades da população. No planejamento familiar não é diferente, sendo que dentre as necessidades estão o controle da natalidade, a redução do aborto, a proteção da saúde da mulher e a redução da pobreza, etc.

Embora o planejamento familiar seja uma decisão do casal, assuntos relacionados recaem sempre sobre a mulher, especialmente no que diz respeito a contracepção e esterilização, ressaltando ainda a desigualdade das relações sociais no que diz respeito ao sexo. (CISNE, 2014)

Em decorrência da ordem patriarcal e capitalista assuntos sobre a procriação, prevenção e esterilização costumam ser sempre de responsabilidade feminina. Diferente das mulheres que possuem diversos métodos contraceptivos a serem utilizados, tais como, a pílula anticoncepcional, dispositivo intrauterino, pílula do dia seguinte, adesivo anticoncepcional, anel vaginal, anticoncepcional injetável, implante anticoncepcional, dentre outros, o único método utilizado pelos homens – quando utilizam – é o preservativo masculino, popularmente conhecido como camisinha.

Para Santos e Freitas (2011) os serviços de planejamento familiar tradicionais atuam em função da vida reprodutiva, no entanto, destacando a responsabilidade exclusivamente feminina. Ademais, a participação masculina nas atividades de planejamento familiar costuma ser baixa, de modo que é essencial que haja melhores ações voltadas para a promoção de programas de saúde sexual e reprodutiva masculina.

Apesar dos avanços, atualmente a cultura do patriarcado ainda é predominante, o que influencia na decisão da mulher quanto a escolha dos métodos contraceptivos e da esterilização, uma vez que historicamente mantem-se na responsabilidade feminina, conforme destaca Lima (2010, p. 08) ao dispor sobre o assunto:

- 1) O número de esterilização feminina ultrapassa em grande quantidade o número de vasectomia;
- 2) Frente ao âmbito da concepção, especificamente nas tecnologias médico-reprodutivas, a mulher acaba por se sujeitar a riscos para alcance o projeto parental;
- 3) A legislação pertinente ao planejamento, perante a falta de medidas concretas, reforça o direcionamento cultural de que a mulher é a única responsável pela reprodução.

Boa parte das mulheres resolvem aderir a laqueadura tubária por acreditarem, de forma errada, que a esterilização masculina prejudicará a potência sexual do parceiro. Tal mito tem ocasionado a escusa de muitos homens ao procedimento, forçando as mulheres a realizarem a esterilização, bem como, reforçando a cultura de responsabilidade exclusivamente feminina sobre o assunto.

[...] de um lado, a não-colaboração do companheiro no que se refere ao uso do preservativo e à vasectomia e, de outro, a aceitação e incentivo para que suas mulheres mutilassem seus corpos para livrarem-se de uma problemática que, apesar de envolver ambos, parece ser encarada por eles como sendo de âmbito exclusivo das mulheres [...]. (MARCOLINO; GALASTRO apud LIMA, 2010, p. 10)

Embora tantos anos tenham se passado, as mulheres ainda precisam lidar com o fardo de resquícios de um sistema patriarcal, onde seus direitos de liberdade sexual e reprodutivos ainda encontram barreiras quanto a efetividade. É essencial que o cenário atual exija ações educativas que possam conscientizar a toda a população sobre os direitos sexuais e reprodutivos como sendo de todos, desmistificando a figura da mulher como sendo a única responsável pelo planejamento familiar, ou ainda, sendo sua voz omissa quanto aos métodos de contracepção e sua vontade de reproduzir.

### 3.2 Do estupro marital e seu enquadramento como ilícito

O entendimento doutrinário e legislativo acerca do estupro marital consiste em algo novo, embora seja advindo de uma prática um tanto quanto constante nas relações conjugais. Em decorrência do tratamento machista para com as mulheres durante longos anos, as relações sexuais sem o consentimento da mesma não eram compreendidas como estupro, em especial se fossem cometidos pelos maridos.

Contribuindo com a explicação sobre o estupro marital, Barbosa e Tessmann (2014, p. 04) assim o define:

Considera-se estupro marital a violência sexual empregada contra a mulher na constância da união conjugal, praticada pelo seu próprio cônjuge, mediante violência física ou moral. [...] conforme expresso pelo artigo 213 do Código Penal, pode ser praticado por qualquer pessoa empregada a qualquer pessoa, não fazendo distinção se a pessoa é virgem, solteira ou casada, bastando que o agressor constranja a outra pessoa impondo sobre a mesma o uso da força física ou que pratique a violência moral para obter seu objetivo sexual, considera-se estupro.

Portanto, o estupro marital se caracteriza quando ocorre a violação sexual da mulher, quando praticada pelo próprio marido ou companheiro. Embora grandes avanços, tanto legislativos como sociais, a mulher ainda sofre constantemente com a violência sexual, principalmente quando advinda do relacionamento amoroso.

Embora o pensamento da maioria da sociedade seja no sentido de que não há um estupro quando dentro de uma relação amorosa, a análise do art. 213 do CP demonstra que o crime pode ser cometido por qualquer pessoa e o sujeito passivo deste não necessariamente precisa estar solteiro ou casado.

Sobre a superação da visão tradicionalista de que o sexo forçado é um mero exercício regular do direito, Hungria citado por Greco (2017, p. 91) assim afirma:

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula intra matrimonium é recíproco dever dos cônjuges. O próprio Codex Juris Canonici reconhece-o explicitamente[...]. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito.

Em uma pesquisa realizada no ano de 2014 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), aproximadamente 25% dos entrevistados compreendem que as mulheres devem satisfazer sexualmente seus parceiros mesmo quando esta não for sua vontade, não sendo, portanto, estupro.

A sociedade ainda entende o “não” como “sim” dentro de um relacionamento o que faz crescer a cultura do estupro, uma vez que na esfera privada a manifestação negativa da mulher ao esposo ou companheiro não é levada a sério. A própria vítima não consegue identificar que de fato está diante de uma situação de estupro, por ser forçada a acreditar que em uma relação conjugal ou afetuosa o sexo deve existir mesmo quando esta não seja sua vontade.

Portanto, dificilmente a vítima consegue compreender que está de fato sendo vítima, valendo-se do medo da denúncia, pois não sabe como será a reação de seu companheiro. Boa parte dos casos, além das agressões sexuais, a vítima acaba por ter sua

imagem exposta na delegacia, correndo o risco de que tal denúncia não seja levado a sério, e ao invés de coibir com a prática da violência, acaba por aumentar e agravar a situação.

#### **4 DA PROTEÇÃO DA MULHER EM CASOS DE ESTUPRO MARITAL**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade de direitos entre homem e mulher, considerando o casamento como uma comunhão plena de vida entre os cônjuges, baseado na igualdade de direitos e deveres. Por consequência, um dos pressupostos é justamente o livre e inequívoco consentimento. Com base nisso, Rovinski e Cruz explicam que:

A violência conjugal, por ocorrer em âmbito familiar, tende a ser silenciada por suas vítimas e velada aos olhos da sociedade, circunstâncias que tendem a ocultar a magnitude do problema, facilitando desta forma, distorções sobre a verdadeira realidade do conflito e as estatísticas sobre o mesmo. [...] A ideologia de que a mulher é propriedade do homem, serve para negar-lhe a oportunidade de perceber sua própria vitimização sexual. (ROVINSKI; CRUZ, 2009, p. 110).

Assim, caso a mulher seja constrangida a manter relações sexuais contra sua vontade, mesmo que durante o casamento, tem-se caracterizado o crime de estupro, embora não se tenha uma previsão no Código Penal especificamente sobre ser o sujeito ativo do crime o cônjuge ou companheiro, uma vez que a relação sexual deve ser espontânea e consentida entre as partes.

O art. 213 do Código Penal, ao tipificar o crime de estupro deixa a interpretação do sujeito ativo e sujeito passivo bem abrangente, de modo que é fácil interpretar que qualquer pessoa pode constranger outrem, inclusive o cônjuge ou companheiro.

Embora a violência sexual seja de grande repugnância social, sabe-se que esta só gera, de fato, repercussão e repúdio, bem como é entendido como de fato um delito quando do ato cometido é em ambiente público, o que faz com que o delito praticado na esfera privada seja então qualificado como mero aborrecimento decorrente da negativa em satisfazer o parceiro. Desse modo, a doutrina há muito trata do marido como autor do crime:

Entendemos que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro contra a própria esposa. Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual, empregando contra ela a violência

física ou moral que caracteriza o estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual [...]. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa. (JESUS, 2000, p. 96)

A invisibilidade da violência sexual no âmbito doméstico recai sobre o entendimento de que entre os cônjuges a prática de relação sexual é um compromisso ligado aos direitos e deveres do casamento, reforçando sempre a ideia de sujeição da mulher a vontade do homem. Sobre isso Mirabete (2003, p. 411) dispõe que:

Embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar. A evolução dos costumes, que determinou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, justifica essa posição. Como remédio ao cônjuge rejeitado injustificadamente caberá apenas a separação judicial.

Nesse sentido, embora a legislação penal não tenha se inclinado para especificar dispositivo específico sobre o crime resultante da relação sexual forçada entre os cônjuges, sendo apenas reconhecido o aumento de pena quando dessa situação (art. 226 do Código Penal), a doutrina, por sua vez, compreende perfeitamente tal tipo de estupro. Importante mencionar que, em se tratando de um dos elementos que constitui o casamento, quando do descontentamento da negativa da relação sexual, a melhor medida é o divórcio ou separação entre os cônjuges, de modo sempre que o entendimento for de conseguir a satisfação desse desejo pela via forçada, caracteriza-se a violência sexual.

Importante destacar que além do Código Penal, a Lei 11.340 de 2006, a Lei Maria da Penha também atua na proteção contra a violência sexual em face da mulher. A Lei Maria da Penha consiste em uma normativa que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, em perfeita consonância com o art. 226, §8º da Constituição Federal e atendendo aos dispostos pelas Convenções Internacionais de combate à violência da mulher, tais como: Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher.



A Lei Maria da Penha traz em sua redação a introdução de definições sobre as formas de violência que são praticadas contra a mulher, especificando também todos os âmbitos onde ela poderá ocorrer.

A violência definida na referida Lei advém do conceito trazido do Conselho Nacional Econômico das Nações Unidas, que dispõe que “qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero, que resulte em sofrimento e danos físicos, sexuais e psicológicos da mulher; inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação de liberdade seja na vida pública ou privada”. (CAMPOS; CORRÊA, 2007)

Em seu art. 5º, a Lei Maria da Penha ratificou o entendimento de violência doméstica e familiar:

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

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Cabe ressaltar que, a violência pode ocorrer dentro e fora de casa, sendo por qualquer integrante da família que possua relação de poder para com a vítima. (ZANATTA; SCHNEIDER, 2017)

Essa afirmativa determina que a concepção da violência abarcada pela referida Lei está associada mais a relação de poder existente entre a vítima e o agressor do que ao espaço físico propriamente dito. Sendo assim, é possível ampliar essa definição de modo a abranger as relações íntimas de afeto que não são tocadas pela coabitação, como o namoro por exemplo.

Nesse sentido, a referida Lei dispõe expressamente sobre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, observa-se:

Art. 7. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

**III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;**

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006) (grifo nosso)

Assim, enquanto a doutrina discutia sobre a possibilidade de ocorrer o crime de estupro durante o casamento, a Lei Maria da Penha inseriu no inciso III do artigo

supracitado a violência sexual como forma de violência doméstica, integrando tal conduta como ilícito penal passível de sanção.

Portanto, quando o marido cometer estupro contra a esposa, a este deve ser aplicada a Lei Maria da Penha, que de modo igual se aplica aos casais em união estável, namoros e demais relações que se igualam a estas.

Além do art. 226 do Código Penal, o art. 61 já previa como circunstância agravante de pena quando do cometimento de crime em face do cônjuge:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

Sendo assim, o cônjuge, ao forçar o ato sexual deve responder pelo crime de estupro, tendo sua pena majorada, conforme preveem os já citados dispositivos do Código Penal. Ademais, configurando-se a violência sexual como forma de violência doméstica, deve o mesmo incorrer ainda na aplicação das medidas impostas pela Lei Maria da Penha, quais sejam:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (BRASIL, 2006)

Dessa forma, compreende-se que a relação sexual forçada pelo cônjuge configura-se plenamente em crime de estupro, bem como, na modalidade de violência doméstica e familiar contra a mulher, haja vista que a relação sexual é ato que deve ser consentido, uma vez que advém do direito à liberdade sexual da mulher, devendo este ser respeitado e cabendo ao Estado agir de forma preventiva – orientando e prestação auxílio às vítimas e encorajando-as a denunciarem o agressor – bem como, de forma repressiva, na adequada aplicação da legislação penal e da legislação especial nos casos de estupro marital.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos da mulher foram evoluindo de forma lenta no ordenamento jurídico, de modo que a evolução social também se atrasou, impedindo que o Direito reconhecesse especialmente a igualdade entre homem e mulher, o que só foi possível por meio de diversas lutas pelos movimentos feministas.

No Brasil, a igualdade entre os gêneros só foi possível com o advento da Constituição Federal de 1988, igualando também os direitos e deveres dos cônjuges na sociedade conjugal, retirando da mulher o dever de sujeição e inferioridade perante o cônjuge.

Assim sendo, já não prevalece mais o entendimento de que o corpo da mulher é mero objeto de satisfação dos caprichos do homem, ou de que com o advento do

casamento o corpo da mulher passa a ser propriedade do cônjuge, de modo que este deve respeitar sua companheira quando esta recusar-se ao ato sexual, uma vez que tal ato deve partir do livre consentimento da mulher, sendo que forçá-la a tal prática caracteriza-se como crime de estupro.

Portanto, o estupro marital, embora não previsto na legislação penal de forma expressa e clara, encontra guarita no art. 213 do Código Penal, pois este em nada específica a restrição a quem pode figurar no polo ativo, sendo então perfeitamente cabível o cônjuge como tal. Ademais, o art. 226 do mesmo diploma legal garante o aumento de pena quando o crime de estupro é cometido pelo cônjuge, o que evidencia ainda a preocupação do legislador em proteger a dignidade sexual mesmo dentro das relações familiares e conjugais.

Cabe mencionar que o estupro marital é considerado como uma forma de violência doméstica e familiar, prevista no rol taxativo da Lei Maria da Penha, figurando como violência sexual, o que além de ensejar a aplicação das sanções do Código Penal, enseja ainda a aplicação das medidas da Lei Maria da Penha, ressaltando então a preocupação do Estado para com a proteção da mulher que se encontra em situação de vulnerabilidade e suscetível a violência.

Embora a legislação já esteja inclinando-se para conscientizar a mulher que se encontra em situação de violência sexual dentro do relacionamento, sabe-se que falta ações de políticas públicas que viabilizem a conscientização sobre o assunto, uma vez que boa parte das mulheres, principalmente casadas ou comprometidas não sabem que estão sendo vítimas de estupro.

A discussão sobre a temática está longe de se encerrar, haja vista que o Direito acompanha a evolução social, e esta, está se movendo cada vez mais rápido. Dessa forma, espera-se que este trabalho abra caminhos para a produção de novas pesquisas, visando obter melhores resultados.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, M. B. **Direitos sexuais e reprodutivos:** desafios para as políticas de saúde. Cad. Saúde Pública, v.19, supl. 2, p. 465-9, 2003.

BARBOSA .; TESSMANN D. F. **Violência sexual nas relações conjugais e a possibilidade de configurar-se crime de estupro marital.** Judicare, v. 6, n. 1, 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1o da Lei no 8.072,

de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília/DF, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm). Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos**: uma prioridade do governo. Série A. Normas e Manuais Técnicos, Caderno nº 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial 3: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública arts. 213 a 359-H do CP. 2v. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CISNE, M. **Feminismo e Consciência de Classe no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2014.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**: comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, R.V.; COSTA, M.R.; MELO, D.C.S. **Planejamento Familiar**: gênero e significados. Textos Contexto, v. 13, n. 2, p. 387-97, 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 12. ed. Editora Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 15 ed. Niterói: Impetus, 2018.

JESUS, Damásio E de. **Direito penal**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIMA, L. C. **A mulher e o planejamento familiar**: uma discussão sobre o gênero. In: VI Encontro de Iniciação Científica da FA7,6, 2010, Fortaleza. Encontro, Fortaleza: Uni7, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** – 12 ed. rev. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROLIM, Rivail Carvalho. **Justiça criminal e condição feminina na capital da República em meados do século XX**. In: Sociedade e Estado. Volume 22, nº 1, Brasília. 2007.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes (orgs.). **Psicologia Jurídica – Perspectivas Teóricas e Processos de Intervenção**. São Paulo: Vetor Editora, 2009.

SANTOS J, C.; FREITAS P, M. **Planejamento Familiar na Perspectiva do Desenvolvimento**. Ciênc. Saúde Coletiva, v.16, p.1813-20, 2011.

ZANATTA, M. C.; SCHNEIDER, V. M. **Violência contra as mulheres**: a submissão do gênero, do corpo e da alma. In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra (org.). Direito das Mulheres. Florianópolis: Lumen Juris Direito, 2017.

## O IMPACTO DA REFORMA TRABALHISTA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

**MARIA FRANCISCA DA SILVA:**  
bacharelada em Direito e Técnica em  
Contabilidade.

**RESUMO:** A reforma trabalhista e o conjunto de novas regras adotadas em sua última atualização no ano de 2017 tem sido alvo de inúmeras discussões, incluindo os pontos positivos e negativos da reforma. O presente artigo tem como objetivo analisar de que maneira a reforma trabalhista impactou as relações de trabalho, sob a ótica de diferentes doutrinadores e juristas atuantes no Brasil. Para o desenvolvimento do estudo, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, com análise qualitativa, aplicando a técnica de análise de conteúdo. Diante da busca, avaliação e exposição de uma análise descritiva, percebe-se que a maioria das pesquisas acessadas mostram uma certa preocupação no que concerne ao real entendimento das modificações da lei por parte do trabalhador, onde, mesmo existindo a justificativa de que a mudança veio para alargar as possibilidades de emprego, pode haver um maior número de pessoas que não tenham os seus direitos 100% reconhecidos, inferioridade entre empregado-empregador, impacto negativo no rendimento médio mensal, menor ocupação em cargos de chefia, onde mesmo com todas as discussões, ainda existem muitos aspectos a serem discutidos, sendo a atualização da Lei n.º 13.467/17, no cenário do ordenamento jurídico ainda uma utopia para o mundo real trabalhista.

**Palavras-chave:** Reforma Trabalhista. Emprego. Direito do Trabalho.

**ABSTRACT:** The labor reform and the set of new rules adopted in its last update in 2017 has been the subject of numerous discussions, including positive and negative points of the reform. This article aims to analyze how the labor reform has impacted labor relations, from the perspective of different doctrinaires and jurists working in Brazil. For the development of the study, a bibliographic and documental research was used, with qualitative analysis, also using the content analysis technique. Given the search, analysis and exposure of a descriptive analysis, it can be seen that most of the research accessed shows a certain concern regarding the real understanding of the modifications of the law by the worker, where even with the justification that the change came to broaden employment possibilities, there may be a greater number of people who do not have their rights 100% recognized, inferiority between employee-employer, negative impact on average monthly income, lower occupation in management positions, where even with all the discussions, there are still many aspects to be discussed, being the update of Law 13.467/17, in the scenario of the legal system still a utopia for the real labor world.

**Keywords:** Labor Reform. Employment. Labor Law.



## 1 INTRODUÇÃO

Aprovada em 2017, a lei n.º 13.467/2017 que trata da Reforma trabalhista, passou a vigorar a partir de novembro do mesmo ano, trazendo consigo muitas dúvidas para a prática judicial e para os operadores do direito. Gerando grandes discussões após sua aprovação, muitas incógnitas continuam, mais de cem pontos foram modificados em relação à lei anterior, que vigorava desde 1943, sancionada pelo Presidente Getúlio Vargas, porém ainda há muito para se discutir sobre as mudanças que houve na legislação trabalhista.

A mudança na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT se deu em um momento onde o Brasil vivia um cenário econômico de crise desfavorável à criação de emprego, todos os setores da economia do país foram afetados. A taxa de desemprego em 2017 atingiu o patamar médio alarmante de 12.7%, conforme IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o maior índice já registrado na série histórica desde 2012 (ABDALA, 2018).

Desta maneira, ressalta-se a importância de demonstrar o impacto das mudanças que surgem com a nova Reforma Trabalhista, analisando como a literatura atual discute os aspectos positivos e negativos no cenário, promovido pela Lei n.º 13.467/2017. Dentro deste contexto, a pesquisa tem como questão de pesquisa: quais as eventuais mudanças ocorreram na CLT, e como isso impacta a vida de profissionais das mais diversas áreas, em especial na relação de trabalho empregado-empregador?

Buscando responder à questão de pesquisa o presente artigo visa analisar de que maneira a reforma trabalhista impactou as relações de trabalho, sob a ótica de diferentes doutrinadores e juristas atuantes no Brasil.

## 2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para o desenvolvimento do estudo, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, com análise qualitativa, aplicando a técnica de análise de conteúdo. Segundo Severino (2016), as pesquisas bibliográficas e documentais são realizadas através de registros disponíveis em base de dados online ou impressas contendo categorias teóricas já estudadas por outros pesquisadores devidamente registrados.

Para tanto, foi empregado como critério de inclusão, pesquisas publicadas em base de dados científicas a exemplo do *Scientific Electronic Library Online Brasil* (SCIELO), Google Acadêmico, bases de dados jurídicas, assim como material impresso publicado no período de 2017 a 2022 no idioma português, que contempla em seus títulos e/ou resumos, aspectos relativos à temática estudada, disponibilizados na íntegra

gratuitamente, online. Foram excluídos: artigos que não possuíam resumo, artigos repetidos e aqueles não acessíveis na íntegra.

Após a busca e leitura dos documentos selecionados e coletados, foi feita a análise qualitativa, demonstrando os principais pontos de vista de pesquisadores e juristas, sobre a última reforma trabalhista ocorrida no ano de 2017. Conforme defendido por Minayo (2007), pesquisas qualitativas propõem diversos significados, favorecendo discussões sobre pesquisas, valores e atitudes, correspondendo a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

### **3. RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Como resultado deste trabalho os artigos e livros analisados no âmbito da **Reforma** Trabalhista trouxeram a visão dos autores demonstrando que as principais mudanças previstas pela "reforma trabalhista", que de um projeto de lei se transformou em uma grande mudança, os autores criticaram e analisaram cada caso, de acordo com a mudança inserida no arcabouço jurídico e suas possíveis repercussões no caso concreto.

E assim os autores aqui elencados para que esse trabalho fosse feito não entenderam como benéfico para os trabalhadores brasileiros, os quais ao longo da história do trabalho no Brasil não tinham uma proteção suficiente, a qual foi adquirida ano a ano, portanto uma reforma deste tamanho poderia ter sido pensando muito mais no direito a dignidade e proteção ao trabalhador e ao trabalho como para pessoa humana, tal dignidade com a reforma foi diminuída, como pode ser visto na desobrigatoriedade na parte que cabe aos sindicatos e ao ministério do trabalho.

#### **3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS NO BRASIL DO DIREITO TRABALHISTA**

O presente trabalho será norteador por autores que têm uma visão crítica e ampliada a respeito temática abordada, de modo que ficará estruturado o referencial teórico em tópicos a saber: como identificar o direito trabalhista; direito do trabalho na relação entre empregado e empregador; os impactos na legislação do trabalho e seus pontos negativos; como refletir na reforma trabalhista positivamente; diferenças entre a lei n.º 5.452/1943 e a lei n.º 13.467/2017; os principais pontos da reforma e seus impactos; a jornada de trabalho; o intervalo intrajornada; trabalho de grávidas e lactantes em locais insalubres; o contrato de trabalho intermitente, honorários de sucumbência e justiça gratuita.

#### **3.2 COMO IDENTIFICAR O DIREITO TRABALHISTA**

Identificar o direito do trabalho ao longo da história não é algo simples, tal aspecto pode ser evidenciado em obras de doutrinadores e juristas a exemplo de Leite (2019) e Bomfim (2017) onde têm suas teorias e posições a defender, no entanto, existem três correntes que tentam definir este direito, esta é a corrente subjetiva, a corrente objetiva e a corrente mista.

Para Leite (2019) o conceito de direito do trabalho para subjetivistas, leva em consideração todos os trabalhadores os quais teriam proteção, incluindo os autônomos, ao passo que a corrente objetivista conceitua o direito do trabalho onde não considera o trabalhador e sim a matéria ou objeto por ele estudado, excluindo os autônomos que não seriam trabalhadores subordinados.

A corrente mista define o direito do trabalho, considerando tanto o trabalhador como a matéria estudada, o fato é que o direito trabalhista se moldou de acordo com a sociedade com o passar do tempo para poder se adequar as necessidades dos empregados e empregadores, criando uma relação estreita entre um e outro.

O conceito de direito do trabalho proposto por Leite (2017, p.35), o qual adota a corrente mista:

[...] o ramo da ciência jurídica constituído de princípios, regras, valores e institutos destinados à regulação das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, bem como de outras relações de trabalho normativamente equiparadas à relação empregatícia, tendo por escopo a progressividade da proteção da dignidade humana e das condições sociais, econômicas, culturais e ambientais dos trabalhadores.

Através deste conceito, pode-se notar que a relação de trabalho tem um alvo, a proteção a dignidade humana, visando o bem-estar e o desenvolvimento socioeconômico e cultural do indivíduo. Para Cassar (2018) o direito do trabalho é conceituado levando em consideração a relação de trabalho seja de que forma se dê. O direito do trabalho é um sistema jurídico permeado por instituto, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, órgãos colegiados, tomadores de serviço, para a tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam a proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteada pelos princípios constitucionais, principalmente da dignidade pessoa humana

Para os autores Leite (2019) e Bonfim (2015) a conceituação do direito do trabalho é importante para que possam ser respondidos alguns questionamentos, tais como: quem

é o detentor deste direito? Qual sua função? Como melhor definir a relação de trabalho? Segundo Cassar (2018) antes da criação de uma legislação própria, o direito civil, o qual era usado para dirimir os conflitos trabalhistas, não atendia mais as necessidades dos trabalhadores.

É buscando entender estas questões que se pode ter um vislumbre se houve a necessidade de uma modificação da CLT alinhado ao momento em que vive o trabalhador, e analisar se essas mudanças tiveram impactos negativos ou positivos na relação entre empregado e empregador. Com apresentação do ponto de vista de alguns doutrinadores, a exemplo de Garcia (2017) pode-se fazer um apanhado de quais são as mudanças com a reforma de 2017 apresentada pelo legislador.

De acordo com o entendimento de Leite (2018), desde o início do século XX é reconhecido legalmente como direito o trabalho ao indivíduo, este poderá fazer livremente sua escolha, que deverá ter proteção contra o desemprego, direito este reconhecido constitucionalmente e que deve ser protegido, ampliado e melhorado. É preciso esclarecer, que não é qualquer trabalho que deve ser considerado um direito humano e fundamental, mas apenas o trabalho que realmente dignifique a pessoa humana (LEITE, 2018, p.39).

Na sociedade contemporânea, o trabalho passa a ser um direito ao mesmo tempo, humano e fundamental. É direito humano porque é reconhecido solenemente nos documentos internacionais, desde o Tratado de Versalhes, de 1919. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece, em seu art. 23º, n.º 1, *in verbis*: toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego (LEITE, 2019, p.47 - 48).

O direito do trabalho também é descrito "como um conjunto de normas e princípios com a finalidade de dar proteção ao trabalhador, considerado a parte mais fraca" (GARCIA, 2017, p 27). Este direito é aquele que vai dar dignidade à vida em sociedade do indivíduo, que a despeito da nova lei do trabalho, a qual passou a vigorar em 2017, é o que se espera a respeito de dignidade ao ser humano, um mínimo de proteção ao direito que cada trabalhador tem e não sua subtração ou redução.

### 3.3 DIREITO DO TRABALHO NA RELAÇÃO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR

Com o surgimento da Revolução Industrial na segunda metade do século XVIII, e posteriormente a expansão até meados século XIX, surge também o capitalismo, exigindo muita mão de obra para a indústria e o comércio, o que acabou por demonstrar que em uma relação de trabalho a parte mais fraca é o trabalhador (HOBSBAWM, 2014).

Quando na Revolução Industrial a partir do século XIX, há um aumento da utilização da mão de obra descontrolada, onde mulheres e crianças também são utilizadas nas indústrias sem o mínimo de proteção, surge a reação de trabalhadores que passam se revoltar contra a utilização sem respeito, sem amparo, sem valorização da pessoa humana, haja vista que o direito comum não mais atendia suas necessidades (HOBSBAWM, 2014).

A partir daí nasce o Direito do trabalho, com função tutelar, econômica, política, coordenadora e social. Tutelar porque visa proteger o trabalhador de cláusulas abusivas, garantindo-lhes o básico e regras mínimas para reger o contrato de trabalho (CASSAR, 2018).

A proteção do direito do trabalho é um princípio destinado à pessoa humana, conforme preceitua o artigo 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O direito trabalhista surgiu para dar proteção ao trabalhador, visando o equilíbrio entre o capital e o trabalho, gerando direitos e obrigações entre empregado e empregador, esse fator é limitado pelo princípio da segurança jurídica, assim, quando mal aplicado, pode ocorrer violação dos direitos à proteção do trabalhador. Vale ressaltar que o direito do trabalho não serve só para regular as relações de trabalho, mais para a preservação das melhores condições de trabalho, previsto constitucionalmente.

Com o surgimento de novas formas e áreas de trabalho, o direito comum não mais consegue resolver conflitos entre empregado e empregador, pois existe uma grande desigualdade socioeconômica no meio desta relação. A proteção surge com a necessidade de fazer com que os colaboradores das empresas tenham seus direitos garantidos, e dignidade humana amparada. Leite (2018, p.52) explica que os direitos sociais se confundem com o direito do trabalho na história do seu nascimento:

[...] de outra parte, não se pode ignorar que o 'valor social do trabalho' na acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania (CF, artigo 1º, II, III e IV), na medida em que é exatamente o trabalho produtivo que irá evitar, em última análise, que a pessoa humana venha a necessitar daquelas prestações estatais positivas [...]" (LEITE, 2018. p. 52)

Como menciona o autor, a constituição federal no seu artigo 6º chama de direitos fundamentais os direitos sociais, que vão dar dignidade à pessoa humana. Para Resende (2020) a explicação para o surgimento do direito do trabalho, seria a necessidade da redução de uma desigualdade existente entre empregado e empregador. Desse modo, o direito do trabalho surgiu, no contexto histórico da sociedade contemporânea, a partir da

Revolução Industrial, com vistas a reduzir, por meio da intervenção estatal, a desigualdade existente entre capital (empregador) e trabalho (empregado).

Não por acaso surge o direito do trabalho para dar proteção ao trabalhador e ser um auxiliador, este que sem o mínimo de amparo estaria a mercê do empregador, para ser utilizado na crescente produção industrial e comércio. Influenciada pelo surgimento da OIT e pelas mudanças ocorridas na Europa no que se refere a leis trabalhistas, em 1919 surge as normas de proteção ao trabalho no Brasil, por causa dos movimentos de operários imigrantes que passam a exigir melhores condições de trabalho. É neste momento que se tem as políticas trabalhistas de Getúlio Vargas em 1930, a partir de então o trabalhador brasileiro começa a vislumbrar as primeiras normas constitucionais trabalhistas (MATIAS,2019)

Após 1930 não só as constituições que se seguirão passaram colocar em seu bojo, leis que tratam do assunto, como também decretos foram criados, regulamentos e normas que pudessem organizar e orientar o trabalho no Brasil de tal forma que o empregado tivesse o mínimo de amparo e proteção frente ao empregador. Com o surgimento de inúmeras leis que discursavam sobre o mesmo assunto, foi necessário reuni-las em um único documento, em 1943 foi criado não um código, mas uma consolidação das leis do trabalho, com o intuito de agregar todas as leis já criadas sobre o trabalho no Brasil, este foi o decreto – lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943 (COSTA, 2010).

Para Leite (2018) o direito do trabalho desempenha cinco funções que não são igualitárias para os doutrinadores e juristas, são elas: a função econômica, social, conservadora, coordenadora e tutelar. O autor ainda ressalta que a corrente que defende a função econômica do direito do trabalho tem, por objetivo, o de valorizar a pessoa que trabalha para outros, para que o ser humano venha a ter a segurança de uma vida digna.

A função conservadora defendida por alguns doutrinadores tem como foco, limitar ou dificultar os movimentos da classe trabalhadora de reivindicação de seus direitos. Para os que defendem a função coordenadora, o direito do trabalho vai apenas gerir interesses do capital e do trabalho, ou seja, entre empregador e empregado sem levar em consideração quem é mais fraco na relação.

Já a função tutelar, defendida pela maioria, tem por objetivo a proteção aos interesses do trabalhador, a parte mais fraca, diante do capital.

[...] A função tutelar do direito do trabalho visa, enfim, sobre tudo sob a perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional, corrigir as desigualdades sociais, econômicas e políticas entres os atores representantes do capital e do trabalho, por meio de um

sistema normativo de proteção jurídica ao cidadão trabalhador (LEITE, 2018, p.48).

Para Garcia (2017) o princípio de proteção surgiu com o objetivo de equilibrar a relação entre capital e o trabalhador, limitando a utilização do trabalho humano para além do que deveria, assim o mesmo tem grande relevância nesta relação, viabilizando especialmente para que esse trabalhador tenha sua dignidade e direitos respeitados.

### 3.4 OS IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO E SEUS PONTOS NEGATIVOS

A globalização mundial do trabalho trouxe a necessidade de reafirmação, assim como a reformulação alguns direitos dos trabalhadores. O direito do trabalho que tem principal função, a de proteção ao trabalhador, e não pode retroagir de tal maneira que possa diminuir de forma drástica ou retirar os direitos de um cidadão.

Nenhum tipo de reformulação das normas do direito do trabalho pode deixar em segundo plano a proteção ao trabalhador, e levar como ponto principal somente a diminuição do desemprego sem, contudo, considerar a dignidade do trabalhador. Para Bonfim (2015) ao falar da flexibilização destas normas ela acredita que deva haver equilíbrio para isso ser feito pensando sempre no operário como parte mais fraca.

[...] é preciso encontrar a pedra de toque, o limite razoável para a flexibilização, ponderando os princípios conflitantes da dignidade e o da valorização social do trabalhador versus o princípio da preservação e saúde da empresa, devendo prevalecer em cada caso, um ou outro de forma a levar a melhor solução para a sociedade (CASSAR, 2015, p.10).

A última reforma da CLT no ano de 2017 veio para alterar regras já existentes para que, segundo os legisladores, houvesse mais emprego, viabilizando preencher lacunas que a norma anterior não atendia, principalmente no que concerne as necessidades da criação de mais emprego e geração de renda para as famílias (BRASIL, 2017). Nessas mudanças estão pautadas as novas relações do direito material e processual trabalhista.

Alguns autores criticam a reforma trabalhista, para Bonfim (2015), Leite (2019) e Delgado e Neves (2017), essa atualização pode ser entendida como um retrocesso de direitos já adquiridos, ao contrário do que foi defendido durante a sua atualização, sendo pautado por alguns legisladores como um aspecto motivador de geração de emprego.

A reforma da CLT implementada pela lei n.º 13.467/2017, não foi bem aceita por alguns doutrinadores, a reforma trabalhista é caracterizada como um retrocesso,

retornando ao ponto de início da história do direito do trabalho, o qual não tinha uma visão humanizada pelo trabalhador, cujo passado era desalinhado com a constituição e contrário a ideia social do trabalho.

Assim explica Mauricio Godinho Delgado (2017):

[...] “profundamente dissociada das ideias matrizes da constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social – o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo jus trabalhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização, a lei n.º 13.467/2017 tenta instruir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.” (DELGADO, 2017, p. 40)

Corroborando com o exposto, Cassar e Borges (2017) pontuam:

Uma das modificações trazidas pela “Reforma Trabalhista” foi o fim da ultratividade das normas coletivas, como se constata da nova redação do §3º do art. 614 da CLT. Com isso, consagra-se o princípio da não incorporação definitiva das benesses normativas ao contrato de trabalho, permitindo-se a supressão, alteração ou manutenção das vantagens anteriores. Caso o instrumento coletivo perca a vigência ou outra norma venha reduzindo, ou suprimindo o direito concedido pela anterior, não prevalecerá a condição mais favorável ao trabalhador (Bonfim; Borges, 2017.p.7).

Com base nesta interpretação os autores demonstram que há, de maneira bem clara, a supressão de direitos adquiridos em razão da nova lei, propondo uma análise de artigo por artigo verificando o que mudou no que se refere aos aspectos positivos e negativos na vida de cada trabalhador, assim como as possíveis repercussões, uma vez que poucos direitos favorecem a essa classe.

A modificação da lei trabalhista pode ser caracterizada como retrocesso, onde a nova lei simplesmente deixa de respeitar parâmetros constitucionais importantes, tais como a valoração do emprego, do trabalho e do indivíduo quanto pessoa humana, ao trazer de volta patamares há muito não utilizados.

Assim descreve os autores Delgado e Neves (2017):



Na verdade, os princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na vida real e no Direito, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade em sentido material e da subordinação da propriedade privada à sua função sócio ambiental são repetidamente negligenciados ou diretamente afrontados por diversas regras jurídicas expostas na nova lei. (DELGADO; NEVES, 2017.p.41)

A reforma trabalhista de 2017 pode ser dívida em três partes na modificação ocorrida: direito coletivo, direito individual e direito processual do trabalho, para ser melhor analisada (BRASIL, 2017). Para entender essa modificação como flexibilização ou desregulamentação, na visão de Goldinho (2017), a flexibilização tem a intervenção estatal na manutenção da relação empregado e empregador, na desregulamentação não há essa intervenção do estado e as partes são livres para negociar.

Para Nahas (2017) a nova lei vem dar autonomia para empregado e empregador, onde eles possam discutir as regras do novo contrato por eles firmado, colocando de lado o entendimento de hipossuficiência do trabalhador, gerando o risco de desvincular os direitos sociais garantidos constitucionalmente. A autora faz ainda uma descrição de como serão classificados os trabalhadores após a reforma trabalhista de 2017, com uma análise feita a partir do art. 444, parágrafo único da CLT, explicando: “A eles aplicam-se as regras da CLT, mas não com a mesma rigidez e parcialidade destinadas àquele primeiro, pois é incontestável que tem um mínimo de discernimento e certamente tem maior liberdade para contratar” (NAHAS, 2017, p.17 - 18).

No entendimento de Nahas (2017) as atualizações se confundem com alguns dos direitos e deveres e pode se apresentar como um aspecto negativo no que concerne à interpretação do trabalhador na hora de interpretar cláusula de direitos trabalhistas. Para Delgado e Neves (2017) ele destaca que:

[...] ao invés de respeitar o patamar jurídico fixado na Constituição da República, a Lei n.º 13.467/2017 simplesmente faz emergir um parâmetro jurídico sepultado há décadas no campo do Direito, isto é, a desmedida prevalência do poder econômico na principal relação de poder existente no âmbito da economia e da sociedade, a relação de emprego (DELGADO; NEVES, 2017.p.41).

Neste cenário o trabalhador se apresenta como peça importantíssima, sendo pauta de inúmeras discussões no âmbito jurista, principalmente quando se trata de olhar os impactos que essa mudança traz ao cenário trabalhista.

### 3.5 COMO REFLETIR NA REFORMA TRABALHISTA POSITIVAMENTE

Por ser autônomo o direito do trabalho não é impedido de se firmar em outros ramos do direito, para que possa auxiliar lhes os conflitos oriundos da relação do trabalho. A lei n.º 13.467/2017 passou a vigorar em novembro de 2017 e junto com ela veio a insegurança jurídica e trouxe também dúvidas para os tribunais, assim como uma flexibilização tão esperada pelas empresas. Pontos modificados como: férias adquiridas, terceirização, o tratamento com a mulher gestante a jornada de trabalho, a relação processual, o trabalho intermitente, uma nova forma contratual criada e a modificação na relação com os sindicatos.

Um ponto a ser entendido como positivo é a livre negociação entre empregador e empregado a respeito do contrato de trabalho: “[...] A eles aplicam-se as regras da CLT, mas não com a mesma rigidez e parcialidade destinadas àquele primeiro, pois é incontestável que tem um mínimo de discernimento e certamente tem maior liberdade para contratar” (NAHAS, 2017, p.17 - 18).

Haverá uma diferença bastante significativa no entendimento da nova lei, principalmente para aqueles trabalhadores que não tem discernimento mínimo, conquanto, o trabalhador com um pouco mais de conhecimento poderá sim, fazer acordos individuais, ao contrário daquele que tem pouco domínio da letra, o qual terá, sem sombra de dúvida, dificuldade de entender as novas regras (NAHAS, 2017).

O autor Goldinho (2017) explica que a lei trabalhista, assim como outras disciplinas, também possui lacunas anteriormente não normatizadas, que o legislador procurou solucionar, porém, nesta solução não poderia deixar de lado a dignidade humana e o valor social do trabalho e do trabalhador. O legislador, ao passo que cria normas antes necessárias e inexistentes, não dá valoração a pessoa de seu trabalho e tão pouco há garantia, desta forma a proteção e a segurança é suprimida.

Portanto, a respeito desse exposto nota-se que o fator principal da reforma trabalhista, vigorada a partir de novembro de 2017, deveria ser a valorização do trabalho e a garantia à proteção do mesmo, que desde a proposição da CLT, em 1943, vinha sendo, sem dúvida, sempre colocado com fator preponderante, como expõe (CASSAR, 2018):

Com base no entendimento da autora, não importa qual meio seja aplicado, a proteção do trabalhador deve ser a máxima do direito do trabalho. Não deveria ser, não outra a não ser a proteção a vida, a saúde, ao trabalho ao bem-estar social, o objetivo principal desta reforma, o que olhando pelo lado mais fraco, o trabalhador, se mostra negativamente criada.

Criada não para uma máxima de proteção ao trabalho, mas, de acordo com a visão aqui descrita, o objetivo foi proteger o capital e seus detentores, em seus objetivos de lucrar, assim como era em meados do século XVIII, por causa da revolução industrial e o uso desenfreado da mão de obra humana sem o devido respeito, criando dessa maneira, grandes prejuízos à vida e à saúde do trabalhador que gerava nesse período, revoltas em prol de melhores condições de trabalho. Todavia, se fosse esse o objetivo desta reforma, não haveria um retrocesso na lei que anteriormente fora criada para dar dignidade a pessoa humana.

#### **4 DIFERENÇAS ENTRE A LEI N.º 5.452/1943 E A LEI N.º 13.467/2017**

A consolidação das leis trabalhistas antes da reforma de 2017 era regida pelo Decreto de Lei n.º 5.452 de 1943, sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, tal decreto fazia uma junção de todas as leis que se referia a essa matéria, existentes no Brasil. Isso aconteceu após a criação da justiça do trabalho, cujo objetivo é a proteção ao trabalhador.

Na legislação trabalhista há determinadas regras que vão definir direitos e deveres tanto de empregados, quanto de empregadores. É ela que traz normas que auxiliam na interpretação das relações de trabalho, como, por exemplo, o conceito de empregado, o qual é definido da seguinte maneira: empregado é todo indivíduo que presta serviço regularmente a uma pessoa ou empresa e recebe salário. A legislação também prevê a igualdade de salários entre empregados que prestam o mesmo serviço, sem distinção de gênero ou sexo, sem mencionar outras diretrizes que este decreto já previa. Bonfim, (2015, p. 24) menciona:

A sistematização e consolidação das leis num único texto (CLT) integrou os trabalhadores no círculo de direitos mínimos e fundamentais para uma sobrevivência digna. Além disso, proporcionou o conhecimento global dos direitos trabalhistas por todos os interessados, principalmente empregados e empregadores.

Contudo, a reforma das leis do trabalho foi aprovada para simplificar as relações de trabalho e ampliar o mercado de trabalho dando maior flexibilidade nas relações entre trabalhadores e empregadores, dessa forma, de modo que foi necessário que houvesse uma modernização na norma para que ela acompanhasse a evolução tecnológica, a qual se deu pela lei n.º 13.467/2017 e sancionada pelo presidente Michel Temer.

A modificação da Consolidação das leis trabalhista passou a vigorar em novembro de 2017, cujo objetivo era de facilitar as negociações coletivas, flexibilizar as relações de trabalho, dar segurança jurídica as partes e gerar mais emprego na modalidade formal.

Com isso mais de 100 artigos foram modificados para que se pudesse dar maior flexibilização na relação empregado e empregador. Para Cassar (2017) a flexibilização ou a desregulamentação do direito do trabalho não pode ser usada por empregadores apenas para gerar altos lucros, mais que fosse possível também uma maior valorização do trabalhador.

A reforma da legislação trabalhista leva em consideração a necessidade da flexibilização na contratação de mão de obra e aumento no número de empregos, para isso acredita-se que dando maior flexibilidade as leis do trabalho, pode haver um aumento no número de empregos. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e estatística- IBGE, em 2017 a taxa de desemprego no país atingiu 12,7% o que significa que, nessa época, eram mais de 13 milhões de pessoas desempregadas no ano. (IBGE, 2017).

#### 4.1 OS PRINCIPAIS PONTOS DA REFORMA E SEUS IMPACTOS

É notório que a lei n.º 13.467/2017 trouxe mudanças importantes, entre elas, serão observados neste estudo os mais impactantes para relação de emprego. Essas modificações ocorreram em três campos, são eles: o direito individual do trabalho, o direito coletivo e o direito processual do trabalho (GOLDINHO, 2017). Contudo, a reforma das leis do trabalho, vêm trazer fragilidade à proteção ao trabalho, ao permitir a flexibilização da jornada de trabalho, rebaixamento da remuneração, alteração nas normas de saúde e segurança do trabalho, fragilização sindical e limitação do acesso à justiça do trabalhador.

Com tais mudanças é fácil ver um desrespeito à negociação coletiva, supressão de direitos do direito material e uma desconstrução à proteção ao trabalhador, essas mudanças são apoiadas pelo poder Executivo e sustentadas por boa parte do Judiciário como, por exemplo o Ex. Ministro do STF, Gilmar Mendes, o Presidente do TST, Ives Gandra Martins Filho e o Juiz do Trabalho, Marlos Melek, essa mudança tem como objetivo promover:

[...] flexibilização de direitos trabalhistas previstos legalmente, resguardados apenas os que estão escritos na Constituição Federal; ampliação das possibilidades de terceirização e pejetização (contratação do trabalhador como pessoa jurídica e sem vínculo empregatício) [...] (QUEIROZ, 2017, p. 11 - 12).

Conforme o autor, o verdadeiro objetivo proposto desta reforma é a desestruturação jurídico-trabalhista, cuja intenção é fragilizar ainda mais o lado mais fraco da relação de trabalho, ou seja, o trabalhador, com subtração de direitos e garantias já adquiridos.

#### 4.1.1 A JORNADA DE TRABALHO

Entre os pontos modificados cita-se a jornada de trabalho que antes da reforma de 2017 era de oito horas diárias, quarenta e quatro horas semanais e duzentos e vinte mensais, podendo ainda haver duas horas extras por dia, com a mudança da lei a jornada laboral poderá ser de doze horas por dia com trinta e seis horas de descanso por acordo individual, respeitando as quarenta e quatro horas semanais e duzentos e vinte horas mensais.

A jornada de trabalho é limitada através de normas determinadas pelo estado, a fim de satisfazer uma necessidade física, psíquica, e psicológica do trabalhador (GARCIA, 2017, p.508). A constituição federal prevê no artigo 7º, inciso XIII que a jornada normal de trabalho não deve exceder oito horas diárias, e quarenta e quatro semanais, mediante compensação de horas e a redução de jornadas, através de acordo ou convenção coletiva de trabalho, no inciso XIV do mesmo artigo também está previsto uma jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Porém, com a aprovação da lei n.º 13.467/2017 foi permitido que a jornada de doze por trinta e seis poderá ser afixada por acordo individual entre empregador e empregado com a inserção do artigo 59-A. A norma proposta gerou polêmica, de modo que foi necessário a edição da Medida Provisória 808/2017, onde determinava que somente os trabalhadores da saúde poderiam fazer esse tipo de acordo, contudo a MP perdeu sua vigência em 2018 e esta alteração deixou de valer, o que gerou certa insegurança jurídica (BRASIL, 2017).

Com toda essa polêmica gerada por esse artigo foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5494 por entenderem que a generalização deste artigo seja prejudicial na saúde do trabalhador, pois deveria ser uma exceção e não a regra, o entendimento da confederação é que seria tanto prejudicial ao trabalhador quanto aos pacientes atendido pelos mesmos, portanto este artigo deveria ser específico a algumas categorias, o julgamento da ADI 5494 foi interrompida pelo pedido de vista do ministro Gilmar Mendes sem nova data de apreciação.(CNTS,2018)

Há, contudo, uma certa desvalorização e desgastes do trabalhador quando o empregador faz uso de tais flexibilizações normativas permitidas pela nova lei:

Tais desregulamentações e/ou flexibilização dos preceitos jurídicos regentes da duração do trabalho, de igual modo, comprometem a participação do valor do trabalho no conjunto da economia e da

sociedade, reduzindo, indubitavelmente, o valor desse trabalho e dos respectivos trabalhadores (DELGADO; NEVES, 2017 p.120).

Como ocorreu com a jornada de trabalho, também houve mudança na jornada parcial, na jornada de 26 horas, podendo o trabalhador executar seis horas extras ou 30 horas semanais. Nessa hipótese de o empregador contratar um trabalhador no regime parcial, após a admissão, poderá o patrão diminuir o salário e a jornada, flexibilização esta permitida pelo artigo 7º, inciso VI, da constituição federal (BONFIM, 2017).

#### 4.1.2 O INTERVALO INTRAJORNADA

O intervalo intrajornada é um momento para descanso durante o dia trabalhado, direito concedido pela CLT aos trabalhadores de acordo com a jornada contratual, sendo assim, um trabalhador que tem uma jornada de 04 a 06 horas ele terá um momento para repouso de 15min, se sua jornada for equivalente à 8 horas diárias, segundo a lei anterior a reforma, ele teria direito a um repouso de até 2 horas.

Para Leite (2019) o conceito de jornada intrajornada é aquele descanso realizado dentro da jornada diária trabalhada, com previsão legal no artigo 71 da CLT, o autor destaca ainda que o Tribunal Superior do Trabalho - TST editou a súmula 437, para melhor regular este dispositivo onde estabelecia os critérios para sua aplicação, no item I desta sumula é determinado que a redução do intervalo intrajornada ou mesmo sua supressão, implica em pagamento do período correspondente, ou seja, do intervalo intrajornada e não somente do espaço suprimido, com acréscimo de no mínimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho e sua natureza seria salarial.

Porém, com a redação dada pelo parágrafo 4º acrescido ao artigo 71 da CLT, com a reforma, sua natureza será indenizatória e o pagamento será apenas do período suprimido, ele destaca ainda que no item II da mesma sumula é previsto que o intervalo intrajornada constitui medida de saúde, segurança e higiene do trabalho, portanto não pode ser negociada por acordo coletivo (LEITE, 2017, p. 510).

Ainda sobre intervalo intrajornada o artigo 611-A, inciso III chega para permitir a livre negociação coletiva, contrariando a expressa vedação feita pelo TST, baseado em entendimentos já consolidados após análise dos problemas sociais gerados pela supressão deste direito. Na mesma linha, o artigo 611-B parágrafo único inserido pela reforma de 2017, dispõem que as normas de duração de jornada de trabalho e intervalos não são consideradas regras de saúde, higiene e segurança do trabalho, contrariando os dispositivos da constituição federal/88, que elencam sobre saúde do trabalhador e a dignidade da pessoa humana (SOUTO MAIOR, 2017).

A reforma deve respeitar os limites mínimos previstos na constituição federal de 1988, no artigo 7º tais como salário mínimo, décimo terceiro salário, férias, proteção ao trabalho feminino, acordos coletivos de auto composição, os quais perfazem uma estrutura mínima de garantias aos empregados, sem os quais não a possibilidade de respeito a dignidade da pessoa humana e a exploração de mão e obra, portanto é notório ver a prevalência de poder econômico sobre a relação de emprego.

Na verdade, os princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na vida real e no Direito, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade em sentido material e da subordinação da propriedade privada à sua função socioambiental, são repetidamente negligenciados ou diretamente afrontados por diversas regras jurídicas expostas na nova lei. (DELGADO; NEVES, 2017 p.41).

Como se pode ver as mudanças vão de encontro aos princípios constitucionais assegurados relativos à proteção dos direitos e saúde dos trabalhadores. Para o autor essa flexibilização faz crescer o período trabalhado, o que inevitavelmente trará prejuízos a dimensões da vida da pessoa humana (DELGADO; NEVES, 2017).

#### 4.1.3 TRABALHO DE GRÁVIDAS E LACTANTES EM LOCAIS INSALUBRES

Assim como outros artigos que geram polêmica, o artigo sobre o trabalho das grávidas também trouxe certo conflito e insegurança jurídica, este como tantos outros inseridos pela reforma da legislação do trabalho. A legislação anterior no artigo 394 vedava o trabalho da gestante em locais considerados insalubres, mais com a reforma de 2017 regido pela lei n.º 13.467/2017 é inserido o artigo 394-A, onde se destaca que a empregada gestante poderá ser afastada automaticamente de atividades consideradas insalubres em grau máximo conforme inciso I do artigo 394-A.

Ainda no mesmo artigo, no inciso II, para os graus de insalubridades considerados médio e mínimo o afastamento somente poderá ocorrer se o médico atestar a necessidade, e o inciso III diz que lactantes poderão ser afastadas de atividades insalubres em qualquer nível de insalubridades desde que tenha atestado para tanto (BRASIL, 2017).

Para Leite (2018) é sem dúvida uma clara discriminação contra a mulher e contra o bebê, pois, este artigo conflita principalmente com a constituição federal artigo 3º que veda a discriminação e da redução das desigualdades sociais, que também viola o artigo 227 da constituição federal quando o estado não assume o seu papel cujo dever é assegurar o direito à saúde a vida e a dignidade, ainda segundo Leite (2018), a edição da

MP808 não conseguiu sanar vícios de inconstitucionalidade oriundos da inserção dos artigos 394-A e seus incisos.

A legislação trabalhista explica o que é insalubridade em seu artigo 189, é aquela cuja atividade desenvolvida expõe o trabalhador a agentes nocivos à saúde, onde a exposição e o tempo são excedidos (CLT, 2017). Como visto, a insalubridade é um fator extremamente prejudicial à saúde, portanto, a atividade laboral de gestantes e lactantes nestes ambientes podem trazer risco à saúde do bebê e da mãe. Nesse sentido o enunciado n° 50 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho prevê:

Enunciado n.º 50 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Trabalhadora gestante e lactante. Art. 394-A da CLT. A autorização legal permitindo o trabalho da gestante e lactante em ambiente insalubre é inconstitucional e inconveniente porque violadora da dignidade humana, do direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, da proteção integral ao nascituro e à criança e do direito social à saúde. Ademais, o meio ambiente do trabalho saudável é direito fundamental garantido pela Constituição da República, revestido de indisponibilidade absoluta. Incidência dos arts. 1º III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201 II; 203 I; 225; 226 e 227 da Constituição Federal; Convenção 103 e 183 da OIT; arts. 25 I e II da DUDH (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2019, p. 32).

Após várias polêmicas a respeito do trabalho da gestante e lactante em local insalubre, levou a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938 ajuizada pela Confederação Nacional de Trabalhadores Metalúrgicos, contestando os incisos I e II do artigo 394-A, sob o argumento que este artigo incentiva o trabalho da gestante e lactante em locais que traz risco a si e a criança, violando o princípio ao retrocesso social e desrespeita a proteção constitucional à maternidade e ao trabalho em meio ambiente equilibrado.

O Pedido ao Supremo Tribunal Federal- STF foi deferido liminarmente, suspendendo a eficácia do artigo pelo Ministro Alexandre de Moraes, que resultou em definitivo por maiorias dos votos onde foi declarado inconstitucional o dispositivo que previa a situação já descrita anteriormente, portanto após essa decisão, gestantes ou lactantes não poderão trabalhar em locais insalubres independentes do grau de risco (CARVALHO, 2021).

#### 4.1.4 O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE



Com a reforma de 2017 da CLT surge uma nova modalidade de emprego: o contrato de trabalho intermitente. A reforma de leis do trabalho, trouxe a flexibilização no intuito de modernizar as normas do trabalho, tendo em vista a redução de despesas empresariais e a expansão das faculdades patronais na administração de mão de obra.

Este é um contrato que tem subordinação ao empregador com prazo indeterminado. Sobre a subordinação, Leite (2017, p. 162) define:

[...] o empregado não é “dependente” do empregador, e sim, a sua atividade laboral (física, mental ou intelectual) é que fica num estado de sujeição ao poder (diretivo, regulamentar e disciplinar) do empregador, sendo que este critério é, para a maioria dos doutrinadores, o mais relevante para caracterizar a relação empregatícia.

Esse regime foi criado pela Reforma regulamentado pela Consolidação as Leis do Trabalho (CLT) com a inserção dos artigos 443, §3º e 452-A. O conceito de contrato de trabalho intermitente está presente no parágrafo 3º do artigo 443 da CLT, segundo esse artigo o contrato de trabalho intermitente é aquele no qual a prestação de serviço com subordinação, não continua ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviço e atividade, determinado em horas dias ou meses, independe do tipo de atividade do emprego e do empregador, exceto para os aeronautas, rigidos pela legislação própria.

O objetivo desta forma de contrato de trabalho é facilitar a formalização do contrato de prestação de serviços da modalidade intermitente, pois permite, formalmente, que a empresa chame empregado a comparecer ao trabalho específico, remunerando o período efetivamente trabalhado, em sua proporcionalidade, nesta modalidade cabe ao empregador determinar o tempo trabalhado seja semanal, mensal ou anual de acordo com a necessidade do empregador.

Segundo Delgado Porém é uma modalidade de trabalho que tira certas garantias ao trabalhador:

Ademais, por meio da rigorosa correlação que fixa entre o estrito trabalho prestado e o estrito salário devido, não só viabiliza eliminar (ou restringir) diversas parcelas e garantias inerentes à contratação empregatícia padrão, tais como, por exemplo, tempo à disposição, intervalos intra e interjornadas, descansos semanais remunerados, descansos em feriados. (DELGADO 2018 p.673).

Neste tipo de contrato há uma perda para o trabalhador na contagem de tempo de serviço haja vista que não será computado o tempo não efetivamente trabalhado, também há uma violação do salário mínimo, demonstrando uma exploração do trabalho humano.

Segundo Bezerra Leite (2018, p. 453) a modalidade de trabalho intermitente estimula que:

Este novel contrato de trabalho intermitente, a nosso sentir, é uma clara tendência do entendimento dos empresários que fomentaram a chamada reforma trabalhista que, por meio dele, intentam transferir os riscos da sua atividade econômica para o empregado.

#### 4.1.5 DOS HONÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E DA JUSTIÇA GRATUITA

A Lei 13.467/2017 da reforma trabalhista, também trouxe mudanças no que diz respeito aos honorários advocatícios na justiça trabalhista, antes da reforma da lei trabalhista, os honorários advocatícios sucumbências eram previsto somente nos casos em que a parte estivesse amparada ou substituída pelo sindicato, trabalhadores poderiam ao serem demitidos sem justa causa ou sem ter recebido o que lhe era de direito poderia este recorrer a justiça do trabalho para ter suas reclamações atendidas sem esse custo a mais de modo que tinha livre acesso ao poder judiciário.

Uma das muitas mudanças trazidas pela Reforma foi à possibilidade de um reclamante na justiça do trabalho ao buscar seus direito ter de arcar com os honorários advocatícios sucumbências e periciais do processo, mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, possibilidade que não existia anteriormente, isso não quer dizer que o trabalhador beneficiário da justiça gratuita precisaria tirar do seu bolso esse valor, mas tais honorários seriam descontados de eventuais créditos trabalhistas, isso foi o que passou a ocorrer após a aprovação e vigência da nova lei do trabalho, se fazia necessário analisar as chances de sucesso para que a parte reclamante não pudesse ser prejudicada com o pagamento de honorários de sucumbência em casos de pedidos parcialmente procedentes ou de improcedência.

Em outubro de 2021 o Supremo Tribunal Federal- STF declarou inconstitucional os artigos 790-B caput e seu §4º, 791-A que tratava dos honorários sucumbências e seu parágrafo 4º, deste modo não será atribuído a parte sucumbente o pagamento de honorários periciais e sucumbências, desde que comprovado ser beneficiário da justiça gratuita (BACCARELLI, 2022)

Porém, o artigo 844 da CLT não foi considerado inconstitucional, quando existindo a ausência do reclamante em audiência, este será condenado em custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar justificativa. (BACCARELLI, 2022)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da busca, pesquisa e exposição de uma análise descritiva, percebe-se que, as maiorias dos trabalhos acessados demonstram certa preocupação no que concerne ao real entendimento das modificações desta lei por parte do trabalhador, que é a parte diretamente afetada por tais mudanças que foram feitas com a justificativa de que a mudança veio para alargar as possibilidades de emprego e que também possibilitaria um maior número de pessoas empregadas sendo permitido e apoiado pela lei uma maior flexibilização da proteção ao trabalhador.

Podemos ver que a reforma trouxe fragilidade na proteção dos direitos do trabalhador, como: a “pejotização” do trabalhador onde o empregado passa a ser contratado como prestador de serviço titular de empresa, desta forma o empregado não terá seus direitos trabalhista garantidos e nem mesmo vínculo empregatício para comprovar caracterizando assim uma relação de trabalho maquiada, muitas pessoas se submeteram a isso para manter o mínimo de subsistência a sua família, a desigualdade entre empregado-empregador, impacto negativo no rendimento médio mensal e menor ocupação em cargos de chefia.

As alterações ocorridas na lei do trabalho traz uma amostra que a cada dia mais existe uma pressão para que o princípio da proteção seja flexibilizado ou simplesmente mitigado, pois é visível que com o novo modelo social e a evolução da tecnologia, vem surgindo novas formas de trabalho, que é indiscutível que a sociedade precisa se enquadrar a essas novas modalidades de trabalho, mas vemos também que há cada vez um movimento mais contundente que se vê expressado nas várias reformas legislativas de que o trabalhador deve ter um tratamento menos desigual, o que vemos é um recente número de trabalhadores no ambiente virtual e completamente distinto das relações jurídicas tradicionais, mais que o trabalhador precisa ser visto sempre como parte hipossuficiente que precisa de um olhar mais protetor das leis e seus legisladores, não se pode permitir que o trabalhador seja submetido a mais diversas formas de trabalho e emprego sem o mínimo de garantia de saúde, dignidade, e bem estar social.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Abdala. **Taxa de desemprego no país fecha 2017 em 12,7%; população desocupada cai 5% Em 2016, a taxa havia ficado em 11,5%.** 2018. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127> Acesso em: 14 abr. 2022.

MATIAS, Átila Torres. **Organização Internacional do trabalho (OIT)**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.co.br/brasil/organizacao-internacional-do-trabalho-oit.htm>. Acesso em 17 de maio de 2022.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA. **Reforma Trabalhista:** enunciados aprovados. 2019. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto\\_RT\\_Jornada\\_19\\_Conamat\\_site.pdf](https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf) Acesso em: 14 abr. 2022.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA. **ADI 5766:** 2021. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/31494-adi-5766-beneficiario-da-justica-gratuita-vencido-nao-precisara-arcar-com-os-honorarios-de-sucumbencia>. Acessado em: 26 jun.2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS. 2018. Disponível em: <https://cnts.org.br/noticias/stf-julgara-adin-da-cnts-contra-jornada-12x36-por-meio-de-acordo-individual/>. Acesso em :26 jun 2022.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

CARVALHO, Maiara. **Gestantes e Lactantes no Trabalho em Ambiente Insalubre**. 2021. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/gestantes-lactantes-trabalho-ambiente-insalubre> Acesso em: 14 abr. 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5ªed. São Paulo: LTr, 2017.

COSTA, Hécio Mendes. **A evolução histórica do direito do trabalho, geral e no Brasil**. Juris Way, Belo Horizonte, out/2010. Disponível

em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4553](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4553) Acesso em: 23 mar. 2022.

DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências sociais**. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 1995.

DELGADO, Mauricio Godinho; NEVES, Gabriela. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18 ed. São Paulo: Ltr, 2018.

GONÇALVES, Elisa Pereira. **Conversa sobre Iniciação a Pesquisa Científica**. Campinas, SP: editora alínea, 2001.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 59,79,326-327.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Ltr, 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Sousa, (org.) **Pesquisa Social. Teoria, Metodologia e Criatividade**. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

NAHAS, Thereza. **Novo Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

SEVERINO, S. A. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Os 201 ataques da “reforma” aos trabalhadores**. 2017. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>. Acesso em: 18 de jan. 2022.

QUEIROZ, Augusto. **Reforma trabalhista e seus reflexos sobre os trabalhadores e suas entidades representativas**. Brasília: DIAP, 2017.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BACCARELLI, Maria Rosaria Trevizan. Honorários e sucumbência são pagamentos obrigatórios em um processo trabalhista? 2022. Disponível em:

<https://www.dsgadvogados.com.br/trabalhista/honorarios-de-sucumbencia-trabalhista/>  
Acesso em 24 de jun.2022.

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

## **AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DAS CRIANÇAS E JOVENS COM SUA FAMÍLIA: PANDEMIA COVID -19**

**LETÍCIA DE OLIVEIRA ANDREOLETTI:**

Graduanda do curso de Direito  
Universidade Brasil, campus  
Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

**RESUMO:** Com a pandemia houve um agravamento em relação as crianças e adolescentes vulneráveis. Os noticiários demonstram a todo o momento que famílias estão cada vez mais deterioradas por vários motivos, os pais desempregados, falta de alimentos, violência de todos os tipos e dificultando assim o acompanhamento dessas crianças, que por sua vez não estão podendo participar da sua vida escolar. Certamente manifestou - se as vulnerabilidades em decorrência da violência cotidiana, no contexto familiar e escolar, obrigando crianças e adolescentes a se inserirem nas ruas, precocemente no mercado de trabalho e/ou no tráfico de drogas piorando sua vida em sociedade.

**PALAVRAS CHAVES:** Vulnerabilidade, crianças, adolescentes, família e pandemia

**ABSTRACT:** With the pandemic there was an aggravation in relation to vulnerable children and adolescents. The news shows at all times that families are increasingly deteriorated for various reasons, unemployed parents, lack of food, violence of all kinds and thus making it difficult to monitor these children, who in turn are not able to participate in their lives school. The vulnerabilities as a result of everyday violence, in the family and school context, certainly manifested, forcing children and adolescents to enter the streets, early in the job market and/or in drug trafficking, worsening their life in society.

**KEYWORDS:** Vulnerability, children, adolescents, family and pandemic

### **INTRODUÇÃO**

Com a pandemia houve um agravamento em relação as crianças e adolescentes vulneráveis. Os noticiários demonstram a todo o momento que famílias estão cada vez mais deterioradas por vários motivos, os pais desempregados, falta de alimentos, violência de todos os tipos e dificultando assim o acompanhamento dessas crianças, que por sua vez não estão podendo participar da sua vida escolar.

Certamente manifestou - se as vulnerabilidades em decorrência da violência cotidiana, no contexto familiar e escolar, obrigando crianças e adolescentes a se inserirem nas ruas, precocemente no mercado de trabalho e/ou no tráfico de drogas piorando sua vida em sociedade. O Estado por sua vez constituiu o Estatuto da Criança e Adolescente em 1990. A Lei nº8069 de 13 de julho de 1990, para o enfrentamento desses problemas, o foi um marco na sociedade brasileira em defesa dessas crianças e adolescentes vulneráveis, mesmo com o passar de mais de 20 anos após a criação da Lei ainda existe muitas dificuldades de acompanhamento e aplicabilidade total do Estatuto, além de programas sociais, com isto, observou-se a identificar na literatura as vulnerabilidades da infância e adolescência e contrapor as medidas de políticas públicas adotadas para o enfrentamento dos principais riscos.

No ultimo censo do IBGE, Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua (PNDA continua) 2018, podendo ser observado que a maioria são meninos com 50,1%, e as meninas com uma população menor de 49,1%. Geralmente em uma população geral a maioria são mulheres que chega aproximadamente com 51,7%.

A família é a instituição conhecida na vida de uma criança ou adolescente como um lar de proteção, acolhimento, afeto, segurança e convívio. Uma figura representativa para a sociedade em geral como um vínculo inabalável, certamente seria o lugar perfeito, claramente que atualmente isso não acontece.

*Segundo Oliveira (2003), permaneceria na atual política dirigida às crianças e adolescentes, o atravessamento dos binômios: "pobreza-marginalidade" e "família desestruturada- condutas desviantes de crianças e adolescentes".*

Conforme assumido nas leis brasileiras, desenvolveu estratégias que vão desde a orientação dos pais ou responsáveis até a criação de abrigos, programas comunitários, além de investimento em pesquisas sobre o assunto para possíveis articulações de novas propostas de intervenção aos riscos na infância e na adolescência.

Após uma pequena análise em artigos científicos conclui-se que o ECA, teve melhorias ao longo de todos os anos, mas claramente que neste momento da pandemia da COVID 19, houve um agravamento substancial pelo confinamento com seus familiares, ou seja, todas as pessoas em seu seio familiar houve um desequilíbrio emocional, físico em todos os lares Brasileiros.

## **1 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS**



De acordo com Sarti (1995), a definição de família para os pobres não se vincula a um grupo genealógico ou ao parentesco, mas está associada àqueles em que podem confiar. A noção de família define-se em torno de um eixo moral, ou seja, dispor-se as obrigações morais é o que define a pertinência do eixo familiar. O modelo de família historicamente imposto aos pobres é patriarcal e hierárquico, no entanto, no cotidiano essa realidade não se sustenta (Narvaz; Koller, 2006).

**Art. 4º** - *É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*

*Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:*

*a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstância*

*Prioridade Absoluta*

*b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública*

*c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas*

*d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (g; n)*

**Art. 19** - *Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.*

Também previsto no artigo 227 da Magna Carta, o princípio da prioridade absoluta determina que crianças e adolescentes sejam tratados pela sociedade; e em especial, pelo Poder Público, com total prioridade pelas políticas públicas e ações do governo.

O direito fundamental a convivência familiar, respaldado no artigo 227 da Carta Magna e assegurado pelo ECA, valoriza as relações afetivas da família, vez que, é na família que a criança encontra refúgio e apoio. É no meio familiar que a personalidade da criança

se estrutura. No mais, faz-se importante ressaltar que, o papel dos genitores da família não se limita ao pagamento dos gastos ao final do mês ou na simples coabitação doméstica. Garantir a convivência familiar significa, como disposto na Constituição Federal de 1988, “respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade (...)”

Não há dúvida que a convivência familiar, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, assegura a criança e ao jovem um crescimento saudável, vez que, contribui para o desenvolvimento moral, cultural, espiritual e etc.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, acrescenta: “a preocupação pela família como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem estar de todos os seus membros, e, em particular, as crianças.”

Reconhece-se, portanto, que a família é a base fundamental para formação de indivíduos, como dispõe a Carta Magna em seu artigo 226 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

De acordo com Szymanski (2002 p. 10):

*“[...] Para compreendê-las e desenvolver projetos de atenção à família, o ponto de partida é o olhar para esse agrupamento humano como um núcleo em torno do qual as pessoas se unem, primordialmente, por razões afetivas, dentro de um projeto de vida em comum, em que compartilham um cotidiano, e, no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se, atendem os idosos, formam crianças e adolescentes.”*

A falta de responsabilidade de um adulto que ocupa a posição de pai/mãe, e que duvida ter este compromisso de alguma forma, isenta qualquer outra pessoa de cuidar da criança. A literatura reitera e confirma a existência de vínculos familiares das crianças e adolescentes em situação de rua (Neiva-Silva, 2003; Paludo, 2004; Santos, 2004).

No entanto, esses vínculos devem ser analisados de forma dinâmica e contínua, devido às frequentes oscilações no grau e na configuração. Ao abordar a realidade vivida por essa população e por suas famílias é preciso refletir a família contextualizada. Essa questão merece ser compreendida em sua totalidade, não se restringindo apenas à existência de contato familiar ou, ainda, se existe realmente alguma família.

Segundo Silveira et al. (2000), o modelo monoparental é dominante nas famílias das camadas populares. A mulher assume o papel de chefe de família. Dessa forma, podem ser discutidas a centralização e as novas funções que essa adquire especialmente a

organização e a manutenção da casa. Entretanto, a monoparentalidade não significa que os filhos não estejam expostos a outras figuras de autoridade na família. É preciso considerar as constantes e sucessivas uniões dessas mulheres, denominado por Bilac (1995) como "monogamia seriada".

A ausência total da família é, muitas vezes, encontrada na trajetória de vida das crianças e adolescentes institucionalizados e/ou em situação de rua. No abandono total, não só o caráter definitivo do abandono é vivenciado, como também, todas as perdas secundárias. Essa idealização das relações familiares corrobora os estudos realizados sobre a temática no contexto de famílias de nível socioeconômico baixo (Ceconello, 2003; De Antoni & Koller, 2000; Szymanski, 1997). Gomes e Pereira (2005) indicam que as principais consequências da situação econômica precária das famílias repercutem diretamente sobre os mais vulneráveis desse grupo: os filhos.

Para eles, vítimas das injustiças sociais e violados em seus direitos fundamentais, a vida na rua pode representar uma alternativa para romper com o ciclo e o processo de vitimização que sofrem, seja na família de origem, seja na própria sociedade.

## **1.2 DIFERENTES CONTEXTOS: FAMÍLIA E INSTITUCIONALIZAÇÃO**

A partir disso, a família caracteriza-se pela existência de vínculos baseados na intimidade, na afetividade e nas relações intergeracionais. Cabe à família garantir a sobrevivência da espécie (função biológica), oferecer afeto, suporte e continência em um ambiente propício à aprendizagem e ao amadurecimento (função psicológica), transmitir a cultura e preparar para o exercício da cidadania (função social). Embora a família tenha sofrido mudanças quanto à sua estrutura e ao seu funcionamento nos últimos tempos, ela continua sendo a principal base da segurança e bem-estar de seus membros (PRATTA; SANTOS, 2007).

As crianças e adolescentes que vivem com suas famílias parecem contar com um contexto mais favorável ao desenvolvimento, além de exibirem variáveis pessoais que também os favorecem, reforçando a ideia de que a família, enquanto grupo social caracterizado pela existência de vínculos baseados na intimidade, na afetividade e nas relações intergeracionais, é o principal e mais adequado ambiente para o desenvolvimento humano (DESSEN, 2010; PRATTA & SANTOS, 2007). Aspecto reconhecido em normativas nacionais e internacionais (BRASIL, 1990, 2006, 2009; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

No entanto, existem situações em que adolescentes são institucionalizados e passam a se desenvolver fora do ambiente familiar, em decorrência da adoção de uma medida de proteção por meio do acolhimento institucional ou da institucionalização para

cumprimento de medida socioeducativa (BRASIL, 1990, 2009, 2012). O fato de que jovens mais velhos tendem a adotar mais comportamentos de risco pode estar relacionado com a progressiva conquista de autonomia e independência durante a adolescência, de modo que passam a conviver cada vez mais entre pares, distanciando-se do ambiente familiar (LERNER; GALAMBOS, 1998)

O acolhimento institucional, há uma relação direta entre a violação da garantia de proteção integral, dentre elas são a presença de violência intra e extrafamiliar na vida dos adolescentes mediante os seguintes itens: "ameaça ou humilhação", "soco ou surra", "agressão com objeto", "mexeu no meu corpo contra minha vontade" e "relação sexual forçada", uma vez que essa medida é adotada quando o adolescente se encontra em situação de risco ou vulnerabilidade em decorrência de negligência e/ou maus-tratos (ASSIS; FARIAS, 2013). Medidas de proteção podem ser adotadas em situações de risco e vulnerabilidade social, e o acolhimento institucional é a medida protetiva mais extrema, pois promove o afastamento do ambiente familiar, são medidas transitórias, de alta complexidade, que devem assegurar a proteção integral, a qual garante direitos e oportuniza a restauração de vínculos e a inclusão social. Existe pesquisas realizadas com grupos específicos de adolescentes privados de liberdade ou em situação de rua revelaram a maior vulnerabilidade para o engajamento em comportamentos de risco entre esses grupos, como uso de substâncias psicoativas e comportamento sexual de risco (MUÑOZ-ECHEVERRI; NOREÑA-HERRERA; LONDOÑO; ROJAS-ARBELÁEZ, 2011; SENA; COLARES, 2008).

### **1.3 A VUNERABILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Entretanto, as características se refletem em cada criança ou adolescente sob diferentes formas, uma vez que as informações se difundem de modo distinto nos contextos sociais e culturais em que cada um está inserido. Dessa maneira, a concepção de adolescência é vivenciada de modo particular nos diferentes grupos, culturas e sociedades.

As alterações típicas dessa fase da vida estão associadas às influências do ambiente externo, podendo deixar o adolescente mais vulnerável a várias situações, como: gravidez não planejada, doenças sexualmente transmissíveis, experimentação e vício de drogas, maior exposição à violência e acidentes. É imprescindível compreender o universo do adolescente a partir de suas múltiplas facetas, considerando a influência que os diversos grupos sociais, como a família, a escola, os amigos e a religião exercem em sua formação.

No cotidiano do adolescente torna-se oportuno, pois expressa diversas situações vivenciadas por eles e que, de certa forma, lhes deixam mais suscetíveis à riscos, dentre as quais se destacam: práticas sexuais desprotegidas, doenças sexualmente transmissíveis,

gravidez, drogas e violência tornando assim conceito de vulnerabilidade é resultado de muitas situações adversas ao longo de sua vida. A vulnerabilidade pode ser caracterizada por um conjunto de aspectos que envolvem o plano individual, social e programático.

Comportamentos de risco são definidos como a participação em atividades potencialmente capazes de comprometer a saúde física e mental (FEIJÓ; OLIVEIRA, 2001) e, durante a adolescência, estão relacionados com a intensa exploração e descoberta de múltiplas oportunidades que caracterizam esse período (SENNA; DESSEN, 2012).

Garantindo assim que crianças e adolescentes, no âmbito das relações sociais, familiares e domésticas, sejam protegidos de toda forma de discriminação, crueldade, negligência, exploração, abuso, violência e opressão, a Lei 13.431/2017 determina que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios desenvolvam políticas integradas e coordenadas para a garantia dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. Além disso, tipifica algumas violências como a violência institucional, estabelece mecanismos de escuta especializada e depoimento protegido e os procedimentos nos casos de revelação espontânea de violência.

## **Declaração Universal dos Direitos Humanos**

**Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.**

### **Citação de alguns artigos:**

#### **Artigo 2**

*1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.*

#### **Artigo 16**

*1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.*

*2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.*

*3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*

### **Artigo 25**

*1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.*

*2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.*

Nem toda criança consegue desfrutar de uma infância plena. Nem todo adolescente consegue viver plenamente sua adolescência. Ainda hoje, muitas infâncias e adolescências são interrompidas. Os líderes de governos, empresas e as comunidades cumpram seus compromissos e tomem medidas pelos direitos de meninas e meninos de uma vez por todas e assegurem seus direitos garantindo que todas crianças e adolescentes tenham seus direitos assegurados por lei.

## **1.4 O SISTEMA DE GARANTIA D DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES (SGDCA)**

Os direitos fundamentais da infância e da adolescência no Brasil passam a ser garantidos por um Sistema que se articula em rede de proteção interinstitucional e estabelece três eixos estratégicos: defesa, promoção e controle da efetivação dos direitos humanos. Prioridade absoluta nos termos do artigo 227 da Constituição de 1988, os direitos de crianças e adolescentes precisavam de uma Lei Federal, que entrou em vigor em 13 de julho de 1990 — o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90.

No enfrentamento às violências sexual, on-line, doméstica e letal, assim como o trabalho infantil, ampliando capacidades para oferta de programas e protocolos em resposta às violências e mobilizando famílias e comunidades para prevenção, identificação e resposta a todas as formas de violências contra crianças e adolescentes.

A iniciativa Crescer com Proteção é uma parceria entre o UNICEF e o Ministério Público do Trabalho (MPT) que visa proteger crianças e adolescentes do litoral Sul da Baixada Santista e do Vale do Ribeira contra todas as formas de violência. Lançada em

2020, a iniciativa busca o aperfeiçoamento de políticas públicas, fortalecer gestores do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente. o SGDCA adota mecanismos estratégicos como a formação de operadores do Sistema, o gerenciamento de dados e informações, a mobilização social em favor da garantia de direitos e o monitoramento e avaliação de políticas públicas, deve se articular com os sistemas similares de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos.

Suas atribuições, o SGDCA dispõe de três linhas estratégicas: efetivar os instrumentos normativos já existentes no campo dos direitos da criança e do adolescente (Convenção de Direitos da Criança, Constituição Federal e o ECA), implementar e fortalecer as instâncias públicas responsáveis pela operacionalização do Sistema; e facilitar o acesso aos mecanismos de garantia de direitos.

O objetivo deste diagnóstico é, a partir do olhar dos territórios e dos dados oficiais, oferecer uma análise panorâmica do SGDCA em cada um dos municípios participantes, possibilitando aos sujeitos do Sistema reconhecerem suas práticas, bem como os avanços e desafios da garantia da proteção integral de crianças e adolescentes. O diagnóstico é instrumento político porque não só apresenta dados e análises, mas aproxima as pessoas, constrói diálogos e fortalece relações. Diagnosticar o SGDCA é evidenciar as particularidades das instituições públicas e conveniadas, seus agentes e as trajetórias dos direitos humanos de crianças e adolescentes em cada município. Ele aproxima realidade e norma vigente, sinalizando as distâncias entre o real e o ideal, sempre com uma postura positiva, encorajadora e responsável. O diagnóstico é convocatório e mediador. A realidade anunciada pode exigir reconciliação institucional, planejamento intersetorial, alinhamento conceitual, redefinição de papéis e atribuições, revisão orçamentária, processos orientativos e formativos. O SGDCA não é o único sistema vigente no país para operacionalização de políticas públicas. Ele convive com outros sistemas nacionais, como os de saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento orçamentário, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.

Para defender os direitos humanos de crianças e adolescentes é garantir acesso à justiça, fazendo uso dos mecanismos jurídicos de proteção aos direitos humanos e instâncias públicas com a finalidade de garantir a positividade e exigibilidade dos direitos. No eixo defesa, atuam os órgãos públicos judiciais, especialmente as Varas da Infância e da Juventude e suas equipes multiprofissionais, as Varas Criminais especializadas, os Tribunais do Júri, as comissões judiciais de adoção, os Tribunais de Justiça, as Corregedorias - Gerais de Justiça, Polícia Civil, Polícia Técnica, Polícia Militar, Centros de Defesa da criança e do adolescente, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Ministério Público.

Suas ações em favor da garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes. A política de atendimento à criança e ao adolescente implica na satisfação das necessidades básicas como garantia de direitos humanos, participação da população na formulação e controle das políticas públicas e descentralização política e administrativa, o controle social, exercido soberanamente pela sociedade civil, acontece por meio de instâncias públicas e colegiadas próprias, com paridade da participação de órgãos governamentais e de entidades sociais, como Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescentes (nacional, estadual e municipal), conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas e órgãos de poder e controle interno e externo previstos na Constituição Federal. É fundamental ter essa rede de proteção às crianças e adolescentes, como já alertou o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e do Adolescente (Conanda), para que os serviços essenciais sejam mantidos para coibir a violência e tornar a quarentena imposta pelo novo coronavírus menos traumática aos mais vulneráveis.

### **1.5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES.**

Miguel Reale (1991, p. 300) ensina: “princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Segundo Mello (2004, p.451):

*Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.*

Dessa maneira, “(...) os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais” (JÚNIOR, 2004, p.161-162)

**Art. 6º** - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.



A presente norma visa estabelecer que o **ECA** deverá ser interpretado, rigorosamente, de acordo com o seu objetivo principal, isto é, assegurar a proteção e a integração do menor na comunidade. A norma não poderá ser interpretada, tampouco aplicada, de maneira prejudicial às crianças e aos adolescentes.

**Art. 143** - *É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.*

**Parágrafo único.** *Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.*

O princípio da sigilos garante a privacidade dos registros referentes aos jovens infratores, isto é, só terá acesso a tais arquivos\documentos pessoas devidamente autorizadas. Tal medida tem como objetivo evitar que o menor infrator sofra algum tipo de preconceito e seja segregado da sociedade.

**Art. 141** - *É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.*

**§ 1º.** *A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.*

**§ 2º** *As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.*

Cumpramos ressaltar que, recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu que a referida isenção de custas não se estenderá aos demais sujeitos processuais envolvidos, posto que, tal princípio visa beneficiar apenas crianças e adolescentes na qualidade de autor ou requerido.

Nesse sentido, Coelho dispõe (2002, p. 76):

*"(...) as políticas oficiais, voltadas para a família, quando existem, têm se mostrado inadequadas, pelo pouco investimento nas necessidades e demandas deste grupo, não oferecendo suporte básico para que possa cumprir de forma adequada suas funções."*

Portanto, busca-se saber se esse princípio incidiu tanto na elaboração quanto na aplicação ao caso concreto do Estatuto da Criança e do Adolescente, que vem, desde sua entrada em vigor, mostrando-se como imperioso à proteção integral e à promoção dos direitos das crianças e adolescentes brasileiros. Ao tratar sobre o ECA, que coloca esses indivíduos como sujeitos de direitos fundamentais, encaixa-se no eixo “Direitos Fundamentais e Inclusão Social”. O princípio da solidariedade, que está positivado no artigo 3º, I da Constituição Federal brasileira, a solidariedade passou a ser entendida de forma diferente, uma vez que se tornou indispensável ao ordenamento jurídico, sendo garantidora de uma melhor convivência social. Nesse período, foi reconhecida simultaneamente a dignidade da pessoa humana, já que o homem passou a ser considerado detentor de direitos e deveres na esfera social.

Este princípio está amplamente relacionado à dignidade da pessoa humana, que, para Sarlet (2001), é uma característica inerente a pessoa humana, sendo irrenunciável e inalienável, além de ser a base cujos desdobramentos são os direitos fundamentais. Diante disso, Pereira e Reis (2017, p. 15) concluem:

*“Com a intenção de proteger a pessoa humana, houve a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, a fim de permitir a efetivação de direitos sociais e econômicos. O princípio da solidariedade passou por esse reconhecimento, tornando-se um vetor para todo o ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 determina, na qualidade dos fundamentos da república, a concepção de uma sociedade solidária.”*

O ser humano teve como sua primeira forma de organização social a família, sob a qual surgiram preceitos fundamentais que, na contemporaneidade, são encontrados no interior das Constituições. Um desses preceitos é a solidariedade, que emergiu devido à preocupação com o outro e com o senso de auxílio e entendimento de que este outro indivíduo também possui seus direitos e deveres; desse modo, a solidariedade advém da responsabilidade que o participante da coletividade tem em relação aos outros pertencentes a ela (FREITAS; REIS, 2017).

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se que seriam necessárias novas estratégias para o cumprimento do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, no momento da pandemia que ocorreu um agravamento pelo confinamento com seus familiares, mostrando vários desequilíbrios em sua estrutura.

As políticas públicas em consonância com o Estado demonstram uma falha na aplicabilidade do Estatuto, sendo assim, as mudanças necessárias poderão beneficiar as crianças e adolescentes em seu seio familiar.

Muitas crianças e adolescentes acabam se desviando de sua família por falta de uma estrutura e cometem atos infracionais que por sua vez acabam sendo afastados das mesmas e sendo retirado da sociedade, para cumprimento de medidas socioeducativas, perdendo assim seus direitos em convívio com a sociedade.

Com o cumprimento das medidas socioeducativas essa criança ou adolescente perde ao longo do tempo sua liberdade para um desenvolvimento correto e adequado, de acordo com o Art 5º da Constituição Federal.

**Art. 5º** *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;*

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

*III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;*

*IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*

*V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*

**XXVIII** - *São assegurados, nos termos da lei:*

*a) A proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;*

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

*§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*

**Art. 227.** *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).*

Um levantamento social com o discernimento de achar soluções corretivas para a diminuição deste agravamento perante a sociedade, por causa da pandemia COVID 19, o isolamento social veio inúmeras incertezas para as pessoas, principalmente para as crianças e adolescentes.

Muitos deles sofreram ou sofrem todos os tipos de agressões, sem ao menos saber ou entender a gravidade da situação, até mesmo perdendo suas vidas por motivos fúteis e banais. Para que todas tenham uma vida de qualidade de acordo com a Lei (ECA), sendo assim também receber o que é de fato e de direito adquiridos na Constituição Federal.

Contudo o que foi dito pela Constituição e o ECA, com este agravamento faz se necessário um levantamento a nível Nacional para a proteção de todos os envolvidos de acordo com a Lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAUN. Luiza Eisenhardt e SANTIAGO Bárbara. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - 2018 - Disponível em:

<<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/18780/1192612053>>. Acessado em 03 de Maio de 2021.

FONSECA. Júlia Brito. 2014. Princípios Norteadores do ECA. Disponível em: <<https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146186/principios-norteadores-do-eca>>. Acesso em 18 de Abril de 2021.

**IBGE-EDUCA-CRIANÇAS.**

Disponível

em:

<<https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/2697-ie-ibge-educ/jovens/materias-especiais/20786-perfil-das-criancas-brasileiras.html>>. Acesso em 28 de Março de 2021.

**MIGALHAS - Vulnerabilidade das crianças durante a pandemia. Migalhas.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330584/vulnerabilidade-das-criancas-durante-a-pandemia>>. Acesso em 14 de Abril de 2021.

SCIELO - Brasil- Toda criança tem família: criança em situação de rua também. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-71822008000100005&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-71822008000100005&script=sci_arttext)>. Acesso em 07 de Abril de 2021.

UNICEF - “Famílias com crianças e adolescentes são as vítimas ocultas da pandemia” revela pesquisa do UNICEF. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/familias-com-criancas-e-adolescentes-sao-vitimas-ocultas-da-pandemia-revela-pesquisa-do-unicef>>. Acesso em 25 de Março de 2021.

**UNICEF - DIAGNÓSTICO DO SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Diagnóstico 2021.**

Disponível

em:

<<https://www.unicef.org/brazil/media/13601/file/diagnostico-do-sistema-de-garantia-de-direitos-da-crianca-e-do-adolescente.pdf>>. Acesso em 13 de Abril de 2021.

UNICEF - DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acessado em 18 de Maio de 2021.

## REPERCUSSÕES DOS EFEITOS POSITIVO E NEGATIVO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO PROCESSO JUDICIAL E AS INFLUÊNCIAS DA LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA PORTUGUESA

**JAYLTON JACKSON DE FREITAS LOPES JUNIOR:**  
Mestrando em ciências jurídicas. Pós-graduado em Direito Tributário. Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF.

**GIRLANO DE SOUSA SOARES<sup>10</sup>**

(coautor)

**RESUMO:** Assim como o conflito é um fenômeno inerente a toda sociedade, as respectivas formas de composição também são uma preocupação constante. Dentre os diversos meios de solução de conflitos, a arbitragem vem assumindo papel de destaque no cenário mundial. Há, notadamente, aspectos estruturais da arbitragem que são comuns aos países que a internalizaram em suas legislações, como é o caso, por exemplo, da convenção de arbitragem, a qual, por sua vez, gera importantes reflexos no âmbito dos tribunais estatais. O presente estudo tem por objetivo analisar de que forma a convenção de arbitragem projeta os seus efeitos para o processo judicial estatal e de que forma os ordenamentos jurídicos português e brasileiro tratam a questão. Para tanto, propõe-se, no presente estudo, analisar, inicialmente, os aspectos da evolução histórica dos meios de solução dos conflitos, as bases estruturais e a natureza jurídica da arbitragem. Em seguida, pretende-se investigar o tratamento dado pela lei portuguesa de arbitragem voluntária (Lei n.º 63/2011) e pela lei brasileira de arbitragem (Lei n.º 9.307/1996) à convenção de arbitragem, em especial a forma como os efeitos positivo e negativo dessa convenção repercutem em eventual processo em trâmite perante um tribunal estatal. A presente investigação tem grande relevância teórica e prática, pois exige o estabelecimento de um diálogo entre a lei da arbitragem e o código de processo civil, a permitir uma melhor compreensão das consequências processuais decorrentes da apresentação de uma exceção de arbitragem no âmbito do processo judicial.

Palavras-chave: arbitragem-convenção de arbitragem-efeitos-exceção.

**ABSTRACT:** Just as the conflict is a phenomenon inherent in every society, the respective forms of composition are also a constant concern. Among the various means of conflict resolution, arbitration has been assuming a prominent role in the world scenario. There are,

---

<sup>10</sup> Advogado atuante no Direito Empresarial

notably, structural aspects of arbitration that are common to countries that have internalised it in their legislations, as is the case, for example, of the arbitration convention, which, in turn, generates important reflexes within the state courts. This study aims to analyze how the arbitration convention projects its effects on the state judicial process and how the Portuguese and Brazilian legal systems deal with the issue. To this end, it is proposed, in the present study, to analyze, initially, the aspects of the historical evolution of the means of resolving conflicts, the structural bases and the legal nature of the arbitration. Then, it is intended to investigate the treatment given by the Portuguese law of voluntary arbitration (Law n.º 63/2011) and the Brazilian law of arbitration (Law n.º 9.307 / 1996) to the arbitration agreement, in particular the way the positive and negative effects of this convention are reflected in any proceedings pending before a State court. In addition to the legislative analysis, it is proposed to understand the treatment given by the doctrine and jurisprudence of these two important Portuguese-speaking countries. The present investigation is of great theoretical and practical relevance as it requires the establishment of a dialogue between the Arbitration Law and the Code of Civil Procedure, allowing a better understanding of the procedural consequences arising from the submission of an arbitration exception in court proceedings.

Key words: Arbitration. Convention arbitration. Effects. Exception

## 1. Introdução

A busca por meios adequados de solução de conflitos é uma preocupação que acompanha a sociedade em todas as suas fases evolutivas. O conflito é fenômeno presente em todas as relações sociais, a começar pela própria necessidade que o ser humano possui de preservar a sua existência<sup>11</sup>.

Nesse sentido, a solução do conflito pelo uso da força (autotutela) passou a ceder espaço para meios autocompositivos e heterocompositivos, tais como a jurisdição estatal, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A arbitragem, meio hetercompositivo de solução do conflito, tem como princípio estrutural a liberdade, a qual se apresenta como um importante atributo que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Por meio dela, as partes renunciam à jurisdição

---

<sup>11</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*, 4ª edição. [s.l.]. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009, p. 143-148.

estatal e confiam a resolução do conflito a um terceiro, independente e imparcial, cujas funções são exercidas à margem dos tribunais estaduais<sup>12</sup>.

A partir da segunda metade do século XX, houve um maior desenvolvimento científico da arbitragem, a qual passou a ser regulamentada, internamente, por diversos países. Atualmente, ela está disciplinada em Portugal, pela Lei nº 63/2011, e no Brasil, pela Lei nº 9.307/1996.

A instituição do juízo arbitral depende da manifestação de vontade das partes, mediante a celebração de uma convenção de arbitragem. Por meio dela, as partes instituem uma instância arbitral para o julgamento do conflito (futuro ou atual) e, por consequência, renunciam à jurisdição estatal. Fala-se, assim, respectivamente, em efeito positivo e efeito negativo da convenção de arbitragem.

O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos positivo e negativo produzidos pela convenção de arbitragem e suas repercussões para o processo judicial. Especificamente no tocante aos impactos sentidos no processo judicial, faz-se necessário analisar a chamada exceção de convenção de arbitragem e o tratamento dado a esse instituto pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

O objeto de estudo proposto tem grande relevância teórica e prática, pois a convenção de arbitragem projeta seus efeitos para eventual processo instaurado perante um tribunal estatal. Tais efeitos, inevitavelmente, se relacionarão com institutos tipicamente processuais, tais como competência, exceções (dilatórias e peremptórias), absolvição da instância e extinção do processo.

Há diversos pontos de aproximação entre Portugal e Brasil no tocante ao tratamento dado pela legislação e pela jurisprudência desses dois países aos efeitos gerados pela convenção de arbitragem e suas repercussões no âmbito do processo judicial. E mesmo nos pontos aparentemente divergentes, é possível identificar cenários que poderão servir como contribuições de um sistema para o outro.

## **2. Da autotutela aos meios adequados de solução dos conflitos**

O conflito é fenômeno inerente a qualquer sociedade. Isto se deve, naturalmente, ao fato de o homem, desde o início de sua existência, buscar, a todo instante, a sua

---

<sup>12</sup> PINA, Pedro. Arbitragem e jurisdição. *Revista Julgar*. N.º 6 (2008). [Consult. 19 ago. 2019]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-P-Pina-Arbitragem-e-jurisdic%C3%A7%C3%A3o.pdf>.



sobrevivência. Poder-se-ia falar, assim, em um direito natural correspondente à liberdade de agir da maneira que lhe parecesse mais adequada para preservar a sua própria vida<sup>13</sup>.

Talvez a forma mais remota de solução de conflitos seja a autotutela, por meio da qual, mediante o uso de violência, se impõe a prevalência de um interesse em detrimento do sacrifício do interesse de outrem. Contudo, tendo em vista que a solução do conflito por violência põe em risco a própria manutenção da sociedade – a qual necessita do convívio, de certo modo, harmonioso entre os seus membros para se desenvolver e para que as pessoas, de uma forma geral, satisfaçam os seus interesses pessoais e coletivos –, percebeu-se que era necessário encontrar um meio capaz de eliminar a solução violenta para os conflitos<sup>14</sup> e manter a sociedade viva.

É nesse contexto que se identifica o surgimento da figura do Estado, como estrutura de poder concentrada nas mãos de um único homem ou de uma assembleia de homens, capaz de defender a todos de agressões externas e manter o convívio pacífico entre todos, pois, em última análise, o próprio homem estaria outorgando o seu poder de autogovernar-se para o Estado, o qual receberia a legitimidade para agir na salvaguarda do bem comum<sup>15</sup>.

Para que o Estado, uma vez instituído, pudesse manter não somente a sua existência como estrutura de poder, mas também a prometida pacificação social, foi instituída a Lei, a qual, segundo Jean-Jacques Rousseau, é a “condição da associação civil”<sup>16</sup>. Com isso, o Estado passou não apenas a regular o convívio social, como também a resolver os seus respectivos conflitos, através de uma função pública, conferida a certas pessoas<sup>17</sup>, de dizer o direito a um caso concreto.

---

13 HOBBS, Thomas, *Leviatã*, p. 143-148

14 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª edição. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p.62-63.

15 HOBBS, Thomas, *Leviatã*, p. 143-148.

16 ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O contrato social*. 3ª edição. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 48.

17 O exercício da função jurisdicional, conforme o período da história e do respectivo espaço geográfico, foi desempenhado por pessoas diversas e conforme a sua relação com a estrutura de poder dominante. No direito romano, o juiz exercia a *jurisdictio*, função pública de dizer o direito. Com a invasão dos bárbaros, houve forte influência do processo germânico (período romano-barbárico). Nesse período, em um primeiro momento, a função jurisdicional foi exercida pelo duque (fase longobarda, 568 a 774); em um segundo momento, a autoridade judiciária foi o conde (fase franca, 744 a 900). A partir do ano 900 (fase feudal), houve

A monopolização da atividade jurisdicional pelo Estado se intensificou a partir do renascimento e se consolidou, em definitivo, com o advento do iluminismo<sup>18</sup>. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao dispor, em seu art. 3º, que “o princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”<sup>19</sup>, serviu como fundamento para o fortalecimento da jurisdição como função eminentemente pública<sup>20</sup>.

Não obstante, o Estado não foi capaz de, pela simples edição de leis, estabelecer a plena pacificação social; e, pela monopolização da função jurisdicional, resolver os conflitos de forma eficiente. Tal insucesso se deve a dois importantes fatores: o primeiro, a impossibilidade de se alcançar um padrão uniforme de comportamento por meio de critérios legais e abstratos pré-estabelecidos. O segundo, a equivocada ideia de que os conflitos se resolvem mediante simples julgamento, quando, em verdade, eles exigem uma composição<sup>21</sup>.

Com efeito, a compreensão de que o Estado pertence à sociedade que o constituiu – e não o contrário – nos permite inferir que ele é apenas um dos instrumentos criados para a persecução dos objetivos dos cidadãos, os quais também estão legitimados a desenvolver outros meios não estatais de criação do Direito. O Estado-dos-Direitos cedeu lugar ao Estado-dos-Cidadãos, no qual “a pessoa aparece como o ‘único’ ator social, pronto a assumir-se como ‘único’ autor de si próprio e dos outros”<sup>22</sup>. Tem-se, portanto, na liberdade e na autonomia da vontade, atributos extraídos do princípio da dignidade da

---

um aumento da jurisdição eclesiástica (C.f. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 1ª edição atualizada. Campinas: Millennium Editora, 2000, v. I, p.95-108; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes*. 18ª edição. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 53-97).

18 CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem voluntária nas relações tributárias. O modelo português. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 50. Ano 13 (jul-set. 2016), p. 467-473.

19 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 [Consult. 20 ago. 2019]. Disponível em <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>.

20 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, v. II, p. 9-10.

21 CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem voluntária nas relações tributárias. O modelo português. *Revista de Arbitragem e Mediação*, p. 467-473.

22 Id.

pessoa humana, a legitimação para a criação de meios adequados e não estatais de solução de conflitos.

Segundo António Pinto Monteiro, a crescente busca por esses meios não estatais de solução de conflitos se deve à chamada crise da justiça, a qual tem como causas, dentre outras, a morosidade das decisões dos órgãos judiciários e a explosão da litigiosidade (cultura do litígio), e à crise do direito, fortemente marcado pela superação do positivismo jurídico e reconhecimento de um “sistema pluralista de fontes do direito”<sup>23</sup>.

É nesse contexto que diversos sistemas jurídicos do mundo<sup>24</sup> passaram a admitir meios não estatais de resolução de litígios, com destaque para a conciliação, a mediação e a arbitragem<sup>25</sup>.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 125/2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com o objetivo de “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”<sup>26</sup>. O novo Código de

---

23 MONTEIRO, António Pinto; Resolução alternativa de litígios de consumo: breve apresentação. Colóquio Resolução Alternativa de Litígios de Consumo. *Actas*. Coimbra [sd], 2016, p. 9-10.

24 No Brasil, podem ser citadas as seguintes leis: Lei n.º 13.140/2015 (dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública); Lei n.º 9.307/96 (dispõe sobre a arbitragem). Em Portugal, podem ser citadas as seguintes leis: Lei n.º 29/2013 (Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública); Lei n.º 144/2015 (Transpõe a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, e revoga os Decretos-Leis n.os 146/99, de 4 de maio, e 60/2011, de 6 de maio); Lei n.º 78/2001 (Organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz); Lei n.º 63/2011 (Lei da arbitragem necessária), entre outros atos normativos. No âmbito da união Europeia, podem ser citadas: Directiva 2008/52/CE (relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial); e Directiva (EU) 2017/1852 do Conselho (relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia).

25 Segundo Ruben Bahamonde, os meios alternativos de solução de conflitos podem ser caracterizados como voluntários ou compulsórios, adjudicatórios ou consensuais, baseados em princípios ou na lei. O referido autor entende, ainda, que a negociação também deve ser considerada como um meio alternativo de solução de conflitos, autônoma em relação aos demais (BAHAMONDE, Ruben. The structuring principles of mediation in Portugal. *Galileu – Revista de Direito e Economia*. Volume XIX, nº 2 (2018), p. 131-153. ISBN 2184-1845. [Consult. 20 ago. 2019]. Disponível em <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4025/1/RB.pdf>).

26 Art. 1.º da Resolução n.º 125/2010 com redação dada pela Emenda n.º 1 de 31/01/2013.

Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015)<sup>27</sup> instituiu um verdadeiro sistema multiportas de solução dos conflitos, na medida em que há, não apenas mera previsão, mas verdadeiro incentivo à adoção de meios adequados, ainda que extrajudiciais, de solução de conflitos, conforme se infere do § 3º do art. 3º do referido diploma<sup>28</sup>.

Em Portugal, o Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013)<sup>29</sup> foi além, pois prevê ainda que “autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio”. Vê-se, assim, que o sistema português não apenas incentiva a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, como também impõe um ônus àquele que, podendo deles se valer, recorre diretamente à jurisdição estatal.

### 3. Aspectos gerais da arbitragem

Estudos revelam a prática de arbitragem desde a antiguidade (3000 a.c), havendo, inclusive, previsão expressa de designação de árbitros na Lei das XII Tábuas<sup>30</sup>. Modernamente, a partir do final dos anos cinquenta do século XX, houve uma guinada para a consolidação da arbitragem nos ordenamentos jurídicos do mundo, com especial destaque para a previsão contida na Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre execução das sentenças arbitrais estrangeiras. Contudo, foi no final da década de setenta do século XX que a arbitragem sofreu suas mais profundas reformulações<sup>31</sup>, passando a ganhar

---

<sup>27</sup> Doravante CPC brasileiro.

<sup>28</sup> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

<sup>29</sup> Doravante CPC português.

<sup>30</sup> C.f. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem: comentários à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*. Coimbra: Almedina. 2015, p. 21.

<sup>31</sup> A Convenção de Nova Iorque de 1958, a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional publicada pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional) e a adoção de regras arbitrais uniformes por parte de diversos países (regras, procedimentos institucionais, diretrizes e cláusulas modelo) criaram um cenário favorável ao estabelecimento de uma cultura internacional de arbitragem (C.f. BAYKITCH, Alex; BAO, Edmund. A return to innate arbitration culture: implications from a cost and efficiency perspective. *Arbitration International*, volume 35, number 1, 2019, p. 57-63).

maior espaço nos ordenamentos jurídicos da Europa, especialmente na Bélgica, Inglaterra, França, Itália, Áustria, Holanda, Portugal, Suíça e Espanha<sup>32</sup>.

No Brasil, a ausência de um diploma específico<sup>33</sup> impediu o desenvolvimento da arbitragem. Somente no final do século XX, o ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando uma tendência global, passou a tratar, de forma específica e sistematizada, da arbitragem e do procedimento arbitral, o que se deu com o advento da Lei n.º 9.307/96 (L.B.A). De lá para cá, a arbitragem vem ganhando papel de destaque no cenário jurídico brasileiro, especialmente após o advento do novo CPC brasileiro<sup>34</sup>.

A arbitragem pode ser compreendida como o meio adequado de solução de conflitos, fundado na autonomia da vontade, por meio do qual duas ou mais pessoas convencionam submeter o seu conflito à decisão de um terceiro imparcial, que pode ser um ou mais árbitros<sup>35</sup>. Trata-se de um método de heterocomposição, o qual se contrapõe aos chamados métodos autocompositivos em que a decisão final é fruto do consenso e/ou escolhas dos próprios envolvidos, *e.g.*, renúncia à pretensão, reconhecimento do pedido e conciliação<sup>36</sup>.

Em Portugal, a L.A.V estabelece, em seu art. 1º, que “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”. No mesmo sentido, a

---

32 BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 43 (jul./ago./set. 2014), p. 66-68.

33 Importante registrar que embora até o ano de 1996 não houvesse no Brasil um diploma específico tratando da arbitragem, esse meio de resolução de conflitos não era estranho, pois estava previsto, por exemplo, nas ordenações Filipinas, as quais continuaram em vigor mesmo após a proclamação da independência do Brasil. De igual forma, houve previsão na Constituição de 1824, no Código Comercial de 1850, no Decreto n.º 737/1850, no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1939).

34 Nos termos do § 1º do art. 3º do CPC/2015, “é permitida a arbitragem, na forma da lei”.

35 Nesse sentido é o conceito fornecido por BARROCAS, Manuel Pereira, *apud*, CARDOSO, António de Magalhães; NAZARÉ, Sara. A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão. *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*. Lisboa: Universidade Católica Editora, p.40.

36 BONATO, Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, p. 71.

L.B.A, também em seu art. 1º, prevê que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

No tocante aos litígios envolvendo a administração pública, o n.º 5 do art. 1º da L.A.V prevê que “o Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado”. Por sua vez, o § 1º do art. 1º da L.B.A estabelece que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Embora haja certa similitude entre Brasil e Portugal no que tange ao objeto da arbitragem, há, decerto, diferenças estruturais no tocante aos efeitos da convenção de arbitragem e seus reflexos para o processo judicial, os quais serão analisados mais à frente.

#### **4. Natureza jurídica da arbitragem**

Para que se possa melhor compreender os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem e seus impactos no processo judicial, é imprescindível revisitar um tema que durante muitos anos foi objeto de discussões no âmbito da doutrina e da jurisprudência: a natureza jurídica da arbitragem.

É possível identificar quatro teorias acerca dessa discussão: teoria contratualista, teoria jurisdicionalista, teoria mista (ou híbrida) e teoria autônoma.

Para a teoria contratualista, a arbitragem decorre de um contrato entre as partes. Por conseguinte, a decisão do árbitro somente vincula as partes, porque estas assim convencionaram<sup>37</sup>. Segundo Ana Teresa Palhares Basílio e André R. C. Fontes, “a vontade de duas partes na prática de um ato traduz-se em uma declaração única de vontade, de soberania dos litigantes e de poder de disposição, que dão a marca e as feições contratuais à arbitragem<sup>38</sup>.”

Ao negarem natureza jurisdicional à arbitragem, defendem os adeptos da teoria contratualista que a jurisdição compreende não apenas a atividade cognitiva e decisória,

---

<sup>37</sup> PINA, Pedro. Arbitragem e jurisdição. *Revista Julgar*. N.º 6 (2008). [Consult. 19 ago. 2019]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-P-Pina-Arbitragem-e-jurisdic%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

<sup>38</sup> BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. [s.n], v. 4, n. 14, (jul./set. 2007), p. 48.

mas também a executiva<sup>39</sup>. A arbitragem, nesse sentido, é tão somente um equivalente jurisdicional<sup>40</sup>, na medida em que a função jurisdicional, una e indivisível, é monopólio do Estado e, em razão disso, não pode ser delegada a particulares<sup>41</sup>.

A teoria jurisdicionalista (ou processualista), por sua vez, confere à arbitragem uma verdadeira função jurisdicional. Embora a arbitragem esteja fundada na autonomia privada da vontade, a lei lhe confere, abstratamente, o poder de dizer o direito do caso concreto. Embora o árbitro não constitua um órgão estatal, “vêem-lhe ser atribuídos verdadeiros poderes jurisdicionais, em abstrato, pelo próprio Estado e, em concreto, pelos contraentes da convenção de arbitragem”<sup>42</sup>.

A jurisdição, nessa perspectiva, não é poder exclusivo do Estado. Os árbitros exercem jurisdição, pois “resolvem controvérsias sobre um direito subjetivo, ditando as regras para o caso concreto mediante um processo em contraditório que se encerra com uma decisão vinculante às partes”<sup>43</sup>.

A teoria mista (ou híbrida), por sua vez, mescla elementos contratuais e jurisdicionais. Para ela, a arbitragem tem origem em uma convenção entre as partes (elemento contratual) e resulta na resolução de um litígio mediante decisão vinculante (elemento jurisdicional). Embora a autonomia da vontade das partes seja o elemento estrutural da arbitragem, é a lei que garantirá a validade do seu procedimento e o caráter

---

39 C.f. SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine, *apud*, PINA, Pedro. Arbitragem e jurisdição. *Revista Julgar*. N.º 6 (2008). [Consult. 19 ago. 2019]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-P-Pina-Arbitragem-e-jurisdic%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

40 Trata-se de designação atribuída por Francesco Carnelutti. Contudo, segundo o próprio Carnelutti, “a arbitragem já nos situa, em minha opinião, sobre o terreno processual e, por isso, considero que, diferentemente da transação e do próprio processo estrangeiro, não deve ser incluída entre os equivalentes processuais. A razão consiste em que, diferentemente do processo estrangeiro, o processo arbitral se encontra regulamentado por nosso ordenamento jurídico não apenas quanto à verificação dos requisitos da sentença arbitral e de seus pressupostos, como também, e, antes de tudo, pelo que concerne à ingerência do Estado no desenvolvimento do próprio processo” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, p. 281).

41 C.f. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 174-180.

42 PINA, Pedro. Arbitragem e jurisdição. *Revista Julgar*. N.º 6 (2008). [Consult. 19 ago. 2019]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-P-Pina-Arbitragem-e-jurisdic%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

43 CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo. N. 28 (jan./mar. 2011), p. 47-48.

vinculante de suas decisões. Nesse sentido, a arbitragem deve ser vista de forma contextualizada com o sistema legal<sup>44</sup>.

Por fim, para a teoria autônoma, desenvolvida por Rubellin-Devichi<sup>45</sup>, a arbitragem possui natureza própria. As partes, conforme as suas necessidades concretas, delimitam o alcance da atividade arbitral e não a lei. Esta, em verdade, apenas institucionaliza o que já ocorre na prática arbitral. A arbitragem, para esta teoria, é um fato da vida<sup>46</sup>.

Embora as duas últimas teorias venham ganhando espaço nas discussões acadêmicas, é inegável que o ordenamento jurídico português confere à arbitragem, de algum modo, uma natureza jurisdicional.

O n.º 1 do art. 20º da Constituição da República Portuguesa<sup>47</sup>, ao dispor que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”, não faz qualquer distinção entre tribunais estatais e tribunais arbitrais. O direito fundamental de acesso à justiça, nessa perspectiva, deve ser compreendido como o direito à tutela jurídica efetiva, quer seja por meio de um tribunal estatal, quer seja por meio de um tribunal arbitral. Assim, o referido dispositivo deve ser lido à luz do n.º 2 do art. 209º da CRP, que prevê a coexistência, na ordem jurídica interna, de tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz.

Em importante julgado envolvendo a discussão acerca da constitucionalidade das normas relativas ao tribunal arbitral necessário, constantes dos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, o Tribunal Constitucional Português reconheceu que embora os tribunais arbitrais sejam tribunais autônomos em relação aos demais órgãos estatais, exercem função jurisdicional, na medida em que “a Constituição não reserva em absoluto a função jurisdicional aos tribunais estaduais, podendo caber aqui uma margem de

---

44 LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan, *apud*, ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral do Brasil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. 316 fls. Tese de Doutorado em Direito Processual, p. 21.

45 ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral do Brasil*, p. 22.

46 LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A; KRÖL, Stefan, *apud*, ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral do Brasil*, p. 24.

47 Doravante CRP.



conformação do legislador no recurso à arbitragem como forma de resolução de conflitos”<sup>48</sup>.

No Brasil, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República<sup>49</sup>, ao garantir o acesso à justiça, refere-se tão somente ao Poder Judiciário<sup>50</sup>. Contudo, a instituição de convenção de arbitragem não afronta o referido texto constitucional<sup>51</sup>, na medida em que ela decorre do exercício da autonomia da vontade relacionada a direitos transigíveis. Ademais, o Poder Judiciário ainda poderá ser acionado, em caso de nulidade da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32 e seguintes da L.B.A.

O art. 18 da L.B.A dispõe que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Por sua vez, o parágrafo único do art. 8º da mesma lei prevê que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”<sup>52</sup>.

No tocante aos efeitos e natureza da sentença arbitral, estabelece o art. 31 da L.B.A que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Por sua vez, o art. 515, inciso VII, do CPC brasileiro confere à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial.

---

48 TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o n.º 435/2016 de 13 de julho de 2016. Relator Conselheira Maria José Rangel de Mesquita.

49 Doravante CRFB.

50 Nos termos do inciso XXXV do art. 5º da CRFB, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

51 Nesse sentido, foi o entendimento firmado, *incidenter tantum*, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da SE 5.206-7, ao reconhecer a constitucionalidade da L.B.A, notadamente a possibilidade de se requer, perante o tribunal estatal, a submissão da parte recalcitrante ao juízo arbitral, em razão da celebração prévia de convenção de arbitragem. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF”.

52 Trata-se do chamado princípio da competência da competência (ou “kompetenz-kompetenz”).

Por todas essas razões, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a natureza jurisdicional da arbitragem<sup>53</sup>.

## 5. Convenção de arbitragem

### 5.1. Considerações iniciais

A convenção de arbitragem é um acordo escrito por meio do qual os sujeitos de uma relação jurídica pactuam que os litígios dela decorrentes serão submetidos à arbitragem. O art. II, 1, da Convenção de Nova Iorque de 1958<sup>54</sup> conceitua a convenção de arbitragem como “o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem”.

Por se tratar de um “ato de exercício de poderes de disposição das partes sobre os meios ou as condições da tutela jurídica”, pode-se dizer que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual<sup>55</sup>. Ademais, trata-se de negócio jurídico autônomo<sup>56</sup> em relação ao contrato em que está inserida, conforme prevê o art. 16-1 da Lei Modelo UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)<sup>57</sup>.

---

53 CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014; CC 139.519/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017; AgInt no CC 156.133/BA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 21/09/2018.

54 No Brasil, a Convenção de Nova Iorque de 1958, que dispõe sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, foi promulgada pelo Decreto nº 4.311/2002.

55 C.f. FREITAS, José Lebre. Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2002, p. 627-628; Ac. da Relação de Lisboa, de 13 de Fevereiro de 2007. (Ac. No 10121/2006- 1).

56 C.f. CECHELLA, Claudio, *apud*, FREITAS, José Lebre. Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volume II, p. 627.

57 Artigo 16.º Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência. (1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória.

A convenção de arbitragem pode surgir antes ou após o conflito. No primeiro caso, fala-se em cláusula compromissória, que nada mais é do que a cláusula inserida no contrato<sup>58</sup>, autônoma em relação às demais cláusulas nele previstas<sup>59</sup>, convencionando que os futuros litígios dele decorrentes serão decididos por um juízo arbitral. No segundo caso, fala-se em compromisso arbitral, ou seja, a convenção estabelecida pelos sujeitos após o conflito, que confere ao juízo arbitral a competência para resolvê-lo.

A referida dicotomia entre cláusula compromissória e compromisso arbitral é estabelecida pela L.A.V, a qual, no n.º 3 do art. 1º dispõe que “a convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória). A L.B.A segue esta mesma linha, ao estabelecer, em seu art. 3º que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

A importância do compromisso arbitral é, entre outras, a de delimitar o litígio<sup>60</sup> e fixar os pontos sobre os quais as partes controvertem e que deverão ser objeto de julgamento pelo tribunal arbitral. Possui vida e conteúdo próprios, pois sua formalização não está condicionada à existência e validade de uma prévia cláusula compromissória<sup>61</sup>.

---

58 Ao considerar a convenção de arbitragem um verdadeiro negócio jurídico processual, é possível falar, nessa perspectiva, que a cláusula compromissória configura “técnica de antecipação do procedimento” (expressão utilizada por Pierre-Yves Verkindt), antecipação “de segundo grau” ou “contrato sobre contrato” (expressão utilizada por Soraya Amrani-Mekki) (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 75-76).

59 Conforme previsão contida no n. 2 do art. 18º da L.A.V, “uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo independente das demais cláusulas do mesmo”. No mesmo sentido, é o art. 8º da lei brasileira da arbitragem (Lei nº 9.397/1996), que prevê que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

60 Nos termos do n. 6 do art. 2º da L.A.V, “o compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem”. Por sua vez, o art. 10 da L.B.A estabelece que “constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral”.

61 VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46 (Set. 1986), p. 295.

## 5.2. Cláusula compromissória vazia (ou em branco) e cláusula compromissória cheia

A convenção de arbitragem, quer seja na modalidade cláusula compromissória, quer seja na modalidade compromisso arbitral, deve adotar a forma escrita<sup>62</sup>. Embora a L.A.V estabeleça que o compromisso arbitral “deve determinar o objeto do litígio” (art. 2º, n.º 6), é possível que a parte interessada leve a um tribunal arbitral a sua demanda, mesmo sem o referido compromisso arbitral. Nesse caso, se a parte autora alegar a existência de uma convenção de arbitragem e a parte contrária, em contestação, não a negar, o n.º 5 do art. 2º da L.A.V considera como “cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem”<sup>63</sup> e o procedimento arbitral se desenvolverá regularmente.

A L.B.A, por sua vez, prevê, em seu art. 7º, que “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”. Ao que parece, a L.B.A, diferentemente da L.A.V, não admite a instauração do procedimento arbitral sem o compromisso arbitral, exigindo da parte interessada, quando houver apenas a cláusula compromissória, a instauração de um procedimento prévio, perante um tribunal estatal, com o objetivo de que seja lavrado o respectivo compromisso arbitral.

Contudo, para uma exata compreensão do alcance da regra contida no art. 7º da L.B.A, é preciso distinguir a chamada cláusula compromissória vazia (ou em branco) da cláusula compromissória cheia. A primeira é aquela que se limita a prever que o futuro litígio decorrente do contrato será submetido a julgamento por um tribunal arbitral. A segunda, por sua vez, é aquela que, além de prever que o futuro litígio será submetido a julgamento por um tribunal arbitral, dispõe, desde já, sobre a aplicação das regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

A cláusula compromissória cheia é expressamente admitida pela L.B.A, a qual, em seu art. 5º dispõe que “reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na

<sup>62</sup> Art. 2º, n. 1, da L.A.V e art. 9º, §§ 1º e 2º, da L.B.A

<sup>63</sup> O referido dispositivo está em consonância com o art. 7º (5) da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (“Ademais, uma convenção de arbitragem é escrita se estiver contida em uma troca de petições entre as partes, em que uma das partes alega a existência da convenção de arbitragem e a outra não a nega”).

própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem”.

Nesse sentido, se o contrato contém uma cláusula compromissória cheia, não faz sentido exigir dos sujeitos a celebração de compromisso arbitral quando do surgimento do conflito, podendo a parte interessada instaurar, desde já, o procedimento arbitral, sem ter que se valer da ação judicial de instituição forçada da arbitragem a que se refere o art. 7º da L.B.A64.

Ao estabelecer um paralelo entre a L.A.V e a L.B.A, especialmente no tocante à convenção de arbitragem, é possível constatar que não há na L.A.V qualquer proibição de estipulação de cláusula compromissória cheia. Assim, entendemos que somente por meio de expressa previsão legal seria possível proibir a estipulação de cláusula compromissória cheia no direito português, na medida em que um dos princípios norteadores da arbitragem é o da autonomia da vontade, o qual dá concretude aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP e art. 1º, III, da CRFB) e da liberdade (art. 27º, n.º 1, da CRP e art. 5º, “caput”, da CRFB).

Assim, à luz do ordenamento jurídico português, se a cláusula compromissória contiver todos os elementos que devam constar no compromisso arbitral – em especial a designação do tribunal arbitral (art. 10º da L.A.V) – o procedimento arbitral poderá ser instaurado independentemente de compromisso arbitral específico ou mesmo da aplicação da regra constante no art. 2º, n.º 2, da L.A.V.

### **5.3. Convenção de arbitragem e o princípio da competência da competência**

Não há dúvida acerca da natureza jurisdicional atribuída à arbitragem no plano dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Tal constatação é importante para que se possa compreender os impactos produzidos pela convenção de arbitragem no processo judicial.

A convenção de arbitragem, uma vez estipulada pelos sujeitos da relação jurídica, produz dois importantes efeitos: efeito positivo e efeito negativo. Tais efeitos decorrem não apenas da convenção de arbitragem em si, mas especialmente do chamado princípio

---

64 C.f. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 156. No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consagrado no REsp 1389763/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013.

da competência da competência ou “kompetenz-kompetenz”, o qual confere ao tribunal arbitral um núcleo duro, absoluto, irrenunciável e indelegável de competência.

Nos termos do n.º 1 do art. 18 da L.A.V, “o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção”. Assim, ao tribunal arbitral foi conferida a competência para, antes de tudo, aferir a sua própria competência.

A L.B.A, no mesmo sentido, dispõe no parágrafo único do art. 8º que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Em outras palavras, ao tribunal arbitral cabe, com primazia em relação ao Poder Judiciário, a análise quanto à existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.

Com efeito, a convenção de arbitragem e o princípio da competência da competência conferem ao tribunal não apenas a função jurisdicional de resolver o conflito (efeito positivo), como também impedem que um tribunal estatal conheça do mesmo conflito (efeito negativo).

#### **5.4. Repercussão dos efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem para o processo judicial: a exceção de convenção de arbitragem**

O efeito positivo da convenção de arbitragem é o que confere ao tribunal arbitral a função jurisdicional de resolver o conflito das partes (art. 1º, n.º 1, da L.A.V e art. 9º da L.B.A). A convenção de arbitragem constitui, para as partes, a jurisdição arbitral para a resolução do conflito, fazendo nascer para os sujeitos dessa relação um verdadeiro direito potestativo<sup>65</sup>, ou seja, o poder de instaurar o procedimento arbitral e sujeitar a outra parte a essa jurisdição.

Essa potestade está bem evidente na L.A.V, a qual prevê a possibilidade de designação compulsória do árbitro ou árbitros pelo tribunal estatal, em caso de omissão ou recusa da parte, ou ainda na hipótese de desacordo entre elas<sup>66</sup>. No mesmo sentido

---

65 C.f. VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 301 e 379.

66 Dispõe o n.º 4 do art. 10 da L.A.V que “salvo estipulação em contrário, se, no prazo de 30 dias a contar da recepção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro

caminha a L.B.A, ao estabelecer instrumentos para a instituição compulsória do compromisso arbitral<sup>67</sup>.

Tal efeito é pressuposto indispensável para a instauração e desenvolvimento do procedimento arbitral, bem como para o reconhecimento da competência do tribunal arbitral.

O efeito negativo, por outro lado, é aquele que impede que o conflito seja resolvido por um tribunal estatal, na medida em que as partes, no exercício da autonomia da vontade, elegeram a jurisdição arbitral como a competente para resolver o litígio, renunciando, por via consequencial, à jurisdição estatal.

Tal efeito tem especial relevância na hipótese em que a despeito da existência de convenção de arbitragem, uma das partes submete o conflito a um tribunal estatal. Se o conflito apresentado pela parte não está abrangido pela convenção de arbitragem, a jurisdição estatal será o meio adequado para a sua solução, sob pena de violação ao princípio do acesso à justiça (art. 20, n.º 1, da CRP e art. 5º, XXXV, da CRFB). Contudo, se o conflito está abrangido pela convenção de arbitragem, há, nitidamente, incompetência do juízo estatal<sup>68</sup>, diante do efeito positivo gerado pela convenção de arbitragem e pelo princípio da competência da competência.

A questão é, de fato, de competência. O CPC português, em seu art. 96º, alínea *b*, dispõe que a preterição de tribunal arbitral é causa de incompetência absoluta do tribunal estatal. A L.B.A e o CPC brasileiro são omissos neste ponto.

Não obstante, tanto em Portugal quanto no Brasil, a existência de convenção de arbitragem não é alegada perante o tribunal estatal sob o viés da incompetência do juízo,

presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta é feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente”.

67 Nos termos do art. 6º, “caput”, da L.B.A, “não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral”. Por conseguinte, o parágrafo único do referido dispositivo prevê que “não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa”.

68 No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a instauração de conflito de competência entre tribunal estatal e tribunal arbitral, conforme se pode inferir nos seguintes julgados: CC 150.830/PA; CC 157.099/RJ; AgInt no CC 156.133/BA.

mas sim como exceção própria. Assim, havendo a propositura de uma ação perante um tribunal estatal a envolver litígio abrangido por uma convenção de arbitragem, caberá à parte ré, até a apresentação do seu primeiro articulado sobre o fundo da causa (mérito da demanda), arguir uma exceção de convenção de arbitragem (art. 5º, n.º 1, da L.A.V e art. 337, X, do CPC brasileiro).

O CPC português estabelece expressamente a distinção entre exceções dilatórias e exceções peremptórias. As primeiras, são aquelas que obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal. Já as segundas, consistem na invocação de fatos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos fatos articulados pelo autor, dando lugar à absolvição total ou parcial do pedido<sup>69</sup>.

O acolhimento, pelo juízo estatal, da exceção de convenção de arbitragem obstará o conhecimento do mérito da demanda (efeito negativo da convenção de arbitragem), pois o fundo da causa somente poderá ser apreciado pelo juízo arbitral (efeito positivo da convenção da arbitragem). Logo, trata-se de verdadeira exceção dilatória<sup>70</sup>, conforme se infere, ainda, dos arts. 278º, n.º 1. "e"<sup>71</sup> e 578º<sup>72</sup> do CPC português.

No Brasil, o tratamento é idêntico. Embora o CPC não faça a distinção entre exceções peremptórias e exceções dilatórias, não se pode negar que a arguição de convenção de arbitragem pelo réu tem natureza de verdadeira exceção processual. A doutrina brasileira, de uma forma geral, considera como exceções dilatórias as defesas processuais que não geram a extinção do processo, mas tão somente a ampliação ou dilação do curso do procedimento, como ocorre, por exemplo, com a alegação nulidade de citação, conexão, incompetência etc., e como exceções peremptórias as que geram a

---

69 Art. 576º do CPC português.

70 C.f. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem*, p. 120.

71 Art. 278º Casos de absolvição da instância 1) O juiz deve abster-se de conhecer do pedido e absolver o réu da instância: (...) e) Quando julgue procedente alguma outra exceção dilatória.

72 Art. 578º O tribunal deve conhecer oficiosamente das exceções dilatórias, salvo da incompetência absoluta decorrente da violação de pacto privativo de jurisdição ou da preterição de tribunal arbitral voluntário e da incompetência relativa nos casos não abrangidos pelo disposto no art. 104.º.



extinção do processo, como ocorre, por exemplo, na alegação de coisa julgada, de preempção ou de litispendência<sup>73</sup>.

Vê-se que em relação ao conceito de exceções dilatórias e peremptórias, Portugal e Brasil não falam o mesmo idioma. Contudo, em ambos os países, a arguição de exceção de arbitragem, embora esteja relacionada a questões envolvendo competência (competência do tribunal arbitral em detrimento do tribunal estatal), uma vez acolhida pelo juízo estatal, não gerará a remessa dos autos ao juízo arbitral, mas sim extinção do processo sem exame do mérito (art. 485, VII, do CPC).

Embora a natureza jurisdicional da arbitragem permita concluir que a discussão é de competência, os ordenamentos jurídicos português e brasileiro preferiram tratar da questão de forma autônoma, como exceção própria. E mesmo havendo um certo conflito conceitual entre Portugal e Brasil no tocante à distinção entre exceções peremptórias e exceções dilatórias, o resultado prático é o mesmo no que tange ao acolhimento da exceção de convenção de arbitragem: absolvição da instância em razão da impossibilidade de o tribunal estatal conhecer do mérito da demanda. Além disso, em ambos os ordenamentos jurídicos, a convenção de arbitragem não pode ser conhecida de ofício pelo tribunal estatal, dependendo de provocação do réu em momento oportuno, sob pena de preclusão (arts. 97º, 573º, n.º 2 e 578º do CPC português e art. 337, §§ 5º e 6º, do CPC brasileiro). Isso significa dizer que se o réu não apresentar a exceção de convenção de arbitragem no prazo legal, sua inércia será considerada como aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

Vê-se, assim, que a exceção de convenção de arbitragem é um ônus que recai sobre o réu, pois o afastamento da jurisdição estatal somente ocorrerá se a exceção for apresentada no prazo legal.

O efeito negativo da convenção de arbitragem reafirma o efeito positivo, pois afasta do tribunal estatal a apreciação da demanda e assegura que o conflito seja resolvido apenas pelo tribunal arbitral. E caso um mesmo conflito, objeto de convenção de arbitragem, seja submetido, ao mesmo tempo, a um tribunal estatal e a um tribunal arbitral, este último terá primazia para aferir a sua competência (*kompetenz-kompetenz*). Nesse caso, a apresentação de exceção de convenção de arbitragem não suspenderá o trâmite

---

<sup>73</sup> C.f THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. I, p. 826; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 634.

do procedimento já instaurado perante o tribunal arbitral, podendo nele, inclusive, ser proferida uma sentença, conforme prevê o n.º 2 do art. 5º da L.A.V.

Embora não haja dispositivo correspondente na L.B.A ou mesmo no CPC brasileiro, tal omissão só reforça o efeito positivo da convenção de arbitragem, de tal modo que, também no Brasil, em razão da primazia do tribunal arbitral em relação ao tribunal estatal para apreciar questões envolvendo a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem (art. 8º, parágrafo único, da L.B.A), a exceção de convenção de arbitragem apresentada pelo réu no tribunal estatal não gera a suspensão de eventual procedimento arbitral também em curso.

Questão relevante diz respeito à necessidade ou não de suspensão do processo judicial em caso de apresentação de exceção de convenção de arbitragem. As hipóteses de suspensão da instância estão previstas no art. 269º do CPC português e no art. 313 do CPC brasileiro (suspensão do processo), e em ambos os dispositivos não há qualquer previsão acerca da convenção de arbitragem, o que, por si só, demonstra a opção do legislador pela desnecessidade de suspensão.

No Brasil, há doutrina a defender a suspensão do processo em trâmite perante o tribunal estatal, em razão da arguição de exceção de convenção de arbitragem, em duas hipóteses: 1ª) quando o procedimento arbitral tiver sido instaurado antes do ajuizamento da ação perante o tribunal estatal; 2ª) quando o procedimento arbitral tiver sido proposto após o ajuizamento da ação perante o tribunal estatal, mas antes de este decidir acerca da arguição da convenção de arbitragem<sup>74</sup>.

Entendemos, contudo, que tal suspensão é desnecessária. Em primeiro lugar, porque a exceção de convenção de arbitragem não está prevista como causa de suspensão da instância (suspensão do processo). Em segundo lugar, porque a exceção de convenção de arbitragem deverá, necessariamente, ser apreciada pelo tribunal estatal. Em terceiro lugar, porque a simples existência de convenção de arbitragem sem nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade manifesta deve gerar uma presunção de competência do tribunal arbitral para a resolução do conflito (efeito positivo da convenção de arbitragem).

Nesse sentido, ao ser arguida a exceção de convenção de arbitragem, não cabe ao tribunal estatal aguardar o pronunciamento do tribunal arbitral sobre a sua própria

---

74 C.f. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*, p. 634. No mesmo sentido, é o entendimento doutrinário firmado, no Brasil, pelo enunciado nº 153 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis ("A superveniente instauração de procedimento arbitral, se ainda não decidida a alegação de convenção de arbitragem, também implicará a suspensão do processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência").

competência. Deve o tribunal estatal decidir a exceção. Tal decisão não viola o parágrafo único do art. 8º da L.B.A, na medida em que o campo de análise da convenção de arbitragem pelo tribunal estatal, embora limitadíssimo, encontra fundamento no princípio do acesso à justiça (art. 20, n.º 1, da CRP e art. 5º, XXXV, da CRFB).

O n.º 1 do art. 5º da L.A.V impõe, para o reconhecimento do efeito negativo da convenção de arbitragem pelo tribunal estatal, a observância de um requisito negativo, qual seja, a ausência de manifesta nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade da convenção.

Com efeito, o tribunal arbitral somente poderá afastar a exceção de convenção de arbitragem se a nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade da convenção for evidente, ou seja, percebida *prima facie*, portanto independentemente de produção de prova. Segundo António Menezes Cordeiro, “a ser necessária tal prova, ela deverá ser produzida perante o próprio tribunal arbitral, mercê do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, escapando ao foro do Estado. Se há dúvida, a nulidade já não é manifesta”<sup>75</sup>76.

A L.B.A, por sua vez, não conta com dispositivo correspondente. Não obstante, parece evidente que o tribunal estatal não está limitado a aferir apenas a existência ou não da convenção de arbitragem. Se a convenção é, antes de tudo, um negócio jurídico, estará o tribunal estatal autorizado a analisar os seus requisitos formais. O controle exercido pelo Poder Judiciário, neste caso, há de ser realizado mediante cognição sumária, de modo a exercer um simples juízo de delibação, ou seja, análise superficial quanto aos requisitos de existência, validade, eficácia e executibilidade do negócio. Se, *prima facie*, não for verificada qualquer nulidade, ineficácia ou inexecutibilidade da convenção de arbitragem, a exceção deverá ser acolhida e o processo judicial extinto.

Tal entendimento pode ser extraído não apenas da regra contida no parágrafo único do art. 8º da L.B.A, mas também da interpretação sistemática que deve ser feita ao ordenamento jurídico. O parágrafo único do art. 168 do Código Civil brasileiro dispõe que “as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”. O art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº

---

75 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem*, p. 121.

76 Nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português: STJ, 20.10.2011, proc. 2207/09.6TBSTB.E1.S1; STJ, 10.3.2011, proc. 5961/09.1TVLSB.L1.S1; STJ, 28.5.2015, proc. n.º 2040/13.0TVLSB.L1.S1; STJ, 02.6.2015, proc. n.º 1279/14.6TVLSB.S1; STJ, 09.7.2015, proc. n.º 1770/13.1TVLSB.L1.S1; STJ, 21.6.2016, proc. n.º 301/14.0TVLSB.L1.S1; STJ, 08.02.2018, proc. n.º 461/14.0TJLSB.L1.S1 – acórdãos todos consultáveis *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

8.078/1990)<sup>77</sup> estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória da arbitragem.

A questão não é meramente cronológica, mas jurídico-qualitativa. Ainda que o tribunal arbitral reconheça a sua competência, poderá a exceção de convenção de arbitragem ser rejeitada pelo tribunal estatal, desde que a nulidade, invalidade ou inexecutibilidade seja manifesta. Cite-se, como exemplo, o reconhecimento, pelo tribunal arbitral, da validade de uma convenção arbitral inserida em um contrato de adesão celebrado entre consumidor e fornecedor, que prevê a instituição compulsória da arbitragem. Segundo o art. 51, VII, do CDC, tal cláusula é nula de pleno direito, de tal modo que, mesmo após o pronunciamento do tribunal arbitral, o tribunal estatal poderá rejeitar a exceção e afastar a competência daquele.

## 6. Conclusão

A busca por meios alternativos e adequados de solução dos conflitos relaciona-se com a necessidade de se alcançar a tutela jurídica dos direitos de forma mais célere e efetiva. Do princípio da dignidade da pessoa humana extrai-se o direito fundamental à liberdade, que tem como forma de expressão a autonomia da vontade. Nesse sentido, mostra-se ultrapassada a ideia de que somente a jurisdição estatal é capaz de resolver os conflitos da sociedade.

A atual roupagem dada à arbitragem pelos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, fez com que os tribunais superiores desses países passassem a identificar, na arbitragem, uma natureza jurisdicional, ou seja, o exercício de uma função jurisdicional não estatal.

Tal natureza fica evidente quando se analisa o princípio da competência da competência e os impactos dos efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem para o processo judicial. Assim, ganha relevo o estudo da chamada exceção de convenção de arbitragem e os seus diversos desdobramentos para o processo.

Há, entre Portugal e Brasil, mais semelhanças do que propriamente diferenças no tocante ao tratamento dessas questões. Em ambos os países, a convenção de arbitragem se perfaz por meio da cláusula compromissória o do compromisso arbitral<sup>78</sup>, havendo

---

<sup>77</sup> Doravante CDC.

<sup>78</sup> Art. 1º, n.º 3, da L.A.V e art. 3º da L.B.A.

hipóteses, como visto, de instituição de procedimento arbitral sem a existência do compromisso arbitral<sup>79</sup>.

No que toca aos efeitos da convenção de arbitragem para o processo judicial, vê-se que ao passo em que a convenção institui um juízo arbitral com nítida função jurisdicional, fica afastada a jurisdição estatal para a solução do mesmo conflito. Nesse sentido, caso seja ajuizada uma ação perante um tribunal estatal, caberá à parte ré invocar, no prazo para a apresentação do articulado sobre o fundo da causa, a existência de convenção de arbitragem, hipótese de absolvição de instância<sup>80</sup>.

Contudo, tendo em vista que a instituição do juízo arbitral decorre do exercício da autonomia da vontade, a existência de convenção de arbitragem não pode ser conhecida de ofício pelo tribunal estatal, dependendo de manifestação da parte ré, sob pena de preclusão (renúncia ao juízo arbitral). Neste ponto, há, entre Portugal e Brasil, uma divergência: para Portugal, a exceção de convenção de arbitragem tem natureza dilatória (art. 578º do CPC português), enquanto que, para o Brasil, tal exceção é peremptória (art. 485, VII, do CPC).

A despeito da mencionada divergência, o resultado prático é o mesmo: o acolhimento da exceção pelo tribunal estatal o afasta do julgamento da demanda, haja vista a competência a do tribunal arbitral.

A natureza jurisdicional da arbitragem e os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem não impedem o exercício de um controle mínimo por parte do tribunal estatal. Haverá, sempre, um espaço de controle por parte do Estado. Especificamente no tocante à exceção de convenção de arbitragem, o art. 5º, nº 1, da L.A.V pode servir como uma importante referência para a L.B.A, ao permitir controle da jurisdição estatal em sede de exceção de convenção de arbitragem, nas hipóteses de manifesta nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade da respectiva convenção.

## Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos, Precedentes*. 18ª edição. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

---

<sup>79</sup> É o que ocorre, em Portugal, na hipótese prevista no art. 2º, nº 5, da L.A.V, e, no Brasil, quando se está diante de uma cláusula compromissória cheia (art. 5º da L.B.A).

<sup>80</sup> Art. 5º, nº 1, da L.A.V, art. 278º do CPC português e arts. 337, X e 485, VII, do CPC brasileiro.

BAHAMONDE, Ruben – The structuring principles of mediation in Portugal. *Galileu – Revista de Direito e Economia*. Volume XIX, nº 2 (2018) [Consult. 20 ago. 2019]. Disponível em <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4025/1/RB.pdf>.

BASÍLIO, Ana Teresa Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. [s.n], v. 4, n. 14, (jul./set. 2007).

BAYKITCH, Alex; BAO, Edmund. A return to innate arbitration culture: implications from a cost and efficiency perspective. *Arbitration International*, volume35, number 1, 2019.

BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 43 (jul./ago./set. 2014).

CABRAL, Antonio do Passo, *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem voluntária nas relações tributárias. O modelo Português. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 50. Ano 13 (jul.-set. 2016)

CARDOSO, António de Magalhães; NAZARÉ, Sara. A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão. *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo. N. 28 (jan./mar. 2011).

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito Processual civil. Introdução e Função do Processo Civil*, traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª edição. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. – *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem: comentários à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*. Coimbra: Almedina. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FREITAS, José Lebre. Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volume II, Coimbra: Almedina, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*, 4ª edição. [s.l.]. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 1ª edição atualizada. Campinas: Millennium Editora, 2000.

MONTEIRO, António Pinto. Resolução alternativa de litígios de consumo: breve apresentação. colóquio resolução alternativa de litígios de consumo. *Actas*. Coimbra [sd], 2016.

PINA, Pedro. Arbitragem e jurisdição. *Revista Julgar*. N.º 6 (2008). Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/09-P-Pina-Arbitragem-e-jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral do Brasil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Tese de Doutorado em Direito Processual.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3ª edição. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume I. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46 (Set. 1986).

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 1, 3ª ed. Brasília: Ed. Unb, 1994.

## CLÁUSULAS PÉTREAS: LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

**CARMEN FERREIRA SARAIVA:**

Especialização em Direito pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP. Graduação em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Funcionária Pública Federal.

**INGRID SARAIVA DE ALENCAR<sup>81</sup>**

(coautora)

**Resumo:** Os critérios constitucionais aplicáveis ao poder de tributar e suas limitações à criação de tributos são cláusulas pétreas. A legalidade compreende atos exarados por processos legislativos diferentes e tratados internacionais. A irretroatividade compreende o efeito prospectivo das normas, exceto aquelas que cominem multa pecuniária menos severa. A anterioridade prevê a vedação de exigência de tributo no mesmo ano civil em que haja sido instituído ou aumentado e antes de decorrido o prazo nonagesimal, conforme o caso. A igualdade impede tratamento discriminatório injustificado. A capacidade contributiva orienta a tributação do fato presuntivo de riqueza. A vedação ao confisco impede a assimilação de parcela substancial da propriedade privada. O sigilo fiscal legitima a inviolabilidade da vida privada. A liberdade de tráfego de pessoas e bens é privilegiada. A transparência dos tributos resguarda o direito dos consumidores de acesso à informação. O tratamento fiscal simplificado, diferenciado e favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte é mecanismo de fomento à atividade econômica. A imunidade tributária direciona a não incidência qualificada a valores. Os princípios fundamentais tributários propiciam a construção de relações jurídicas com segurança e previsibilidade.

**Palavras-chave:** Poder de Tributar. Limitações Constitucionais. Cláusulas Pétreas.

---

<sup>81</sup> Especialização em Português pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá e em Direito Administrativo pela Faculdade Signorelli. Graduação em Ciência da Computação pela PUC/Minas. Funcionária Pública Estadual.



**Abstract:** The constitutional criteria applicable to the power to tax and their limitations to the creation of taxes are penalty clauses. Legality comprises acts drawn up by different legislative procedures and international treaties. Irretroactivity comprises the prospective effect of the norms, except those that come with a less severe pecuniary fine. The precedence provides for the prohibition of the tax requirement in the same calendar year in which it has been instituted or increased and before the nonagesimal period has elapsed, as the case may be. Equality prevents unjustified discrimination. The ability to pay directs the taxation of the presumptive fact of wealth. The prohibition on confiscation prevents the assimilation of a substantial portion of private property. Tax secrecy legitimizes the inviolability of private life. The free movement of persons and goods is privileged. The transparency of taxes protects the right of consumers to access information. The simplified, differentiated and favored tax treatment for micro and small businesses is a mechanism to promote economic activity. Tax immunity directs qualified non-inclusion to values. The fundamental tax principles provide for the construction of legal relations with security and predictability. **Keywords:** Power to Tax. Constitutional Limitations. Entrenchments Clauses.

**Sumário:** Introdução. 1. Sistema Tributário Nacional. 2. Cláusulas Pétreas. 3 Limitações ao Poder de Tributar. 3.1 Princípio da Legalidade. 3.2 Princípio da Irretroatividade. 3.3 Princípio da Anterioridade. 3.4 Princípio da Igualdade. 3.5 Princípio da Capacidade Contributiva. 3.6 Princípio da Vedação ao Confisco. 3.7 Princípio do Sigilo Fiscal. 3.8 Princípio da Liberdade de Tráfego. 3.9 Princípio da Transparência dos Tributos. 3.10 Princípio do Tratamento Fiscal Simplificado, Diferenciado e Favorecido. 3.11 Princípio da Imunidade Tributária. 4. Considerações Finais. Referências.

## **Introdução**

O poder de tributar é essencialmente constitucional e pautado na supremacia do interesse público sobre o particular. A legislação tributária subordina-se às normas constitucionais de competência e de limitação. Ela estabiliza a relação obrigacional tributária entre o ente federado competente e o contribuinte, substituto ou responsável no âmbito da obtenção de receita pública para a consecução dos objetivos fundamentais republicanos e constitui fonte de financiamento estatal. Trata-se de fonte de receita derivada de manutenção da estrutura organizacional de suas instituições e das políticas públicas, como saúde, previdência, assistência, educação, cultura, desportos e meio ambiente. Mediante o sistema tributário nacional estruturado, há fixação da competência para a criação dos tributos em espécie pelos entes políticos da Federação por meio de processo legislativo próprio.

As normas gerais de direito tributário aplicáveis a todos os sujeitos ativos, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios explicitam os contornos da legislação infraconstitucional, da obrigação *ex lege*, do crédito tributário e de sua respectiva administração. A matéria tratada neste artigo versa sobre os princípios constitucionais que regem a instituição legal de tributos pelos sujeitos ativos.

O tema-problema proposto que se apresenta é o exame dos princípios que regem as limitações ao poder de tributar como cláusulas pétreas constitucionais que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-las. Tem-se como objetivo esmiuçar a natureza jurídica principiológica tributária como instrumento de promoção da previsibilidade e da segurança jurídica. No desenvolvimento da investigação, utiliza-se a pesquisa bibliográfica por meio do método dedutivo e comparativo a partir da análise da legislação pertinente, da doutrina e da jurisprudência.

Aplica-se como referencial a teoria de Ricardo Lobo Torres de que o tributo é o preço da liberdade da sociedade e seu instrumento garantidor. Esse autor ensina que “o poder de tributar nasce no espaço aberto pelos direitos humanos e por eles é totalmente limitado. O Estado exerce o seu poder tributário sob a permanente limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais” (TORRES, 1999b, p. 14).

Examina-se o Sistema Tributário Nacional (STN) eminentemente constitucional com a fixação da competência dos sujeitos ativos da Federação, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios para a criação de tributos. Busca-se demonstrar que as limitações ao poder estatal de tributar foram alçadas a cláusulas pétreas, em relação às quais é vedada a deliberação legislativa destinada a revogá-las. Analisam-se as características dos princípios tributários constitucionais, inclusive de acordo com os parâmetros fixados nos entendimentos exarados pelos Tribunais superiores.

## **1. Sistema Tributário Nacional**

O constitucionalismo principia estabelecendo os pilares da limitação do poder e supremacia da lei ou *rule of law* própria do Estado de Direito. Devido à necessidade de uma intervenção estatal, o aspecto social toma relevância. Com um impulso reformador, o constitucionalismo evolui para o patamar em que se estimulam parcerias entre Estado e sociedade, valorizando-se a democracia de inclusão e a interação cooperativa de promoção da justiça social. Finalmente, após uma transformação democrática, as oportunidades de participação do povo em processos deliberativos institucionalizados são ampliadas.

Atualmente prevalece o novo estágio, dados “a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo”, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554/MG (BRASIL, 2011). Busca-se, assim, a eficácia das normas programáticas pela concretude dos princípios fundamentais e a reaproximação entre legalidade e ética, que balizam a expansão da jurisdição constitucional com eficácia irradiante (DEZEN JUNIOR, 2015, p. 1584-2578).

Hodiernamente o Estado Democrático de Direito, característica do Estado Constitucional, reconhece uma ordenação estatal mantenedora dos direitos fundamentais, individuais e coletivos (MORAES, 2019, p. 5-6).

O Brasil contempla a forma federativa de Estado, o regime de governo presidencialista e o sistema hierárquico de normas com garantia dos direitos fundamentais de efetiva realização, a separação funcional do poder estatal uno como forma de preservar as liberdades e o respeito à soberania popular (BULLOS, 2017, p. 1-53).

O STF esclareceu, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024/DF, que

A “forma federativa de Estado” — elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República — não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege (BRASIL, 2007).

O Estado Federal rege-se pelo princípio do interesse e garante a autonomia aos entes federados, que se pauta pela repartição de todas as competências, inclusive legislativas, administrativas e tributárias (MORAES, 2019, p. 339-341).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) decorre do poder constituinte originário de inaugurar uma ordem jurídica inédita, autônoma e

incondicionada, ressalvados os direitos fundamentais imanentes à cosmovisão do povo, a configuração do Estado soberano e as regras internacionais como as cláusulas pétreas limitadoras da atuação estatal, conforme exemplificado pelo STF no Mandado de Segurança nº 22164/SP (BRASIL, 1995).

Em última análise, da supremacia constitucional se origina o primado que é fundamento de validade do arcabouço normativo superveniente e da jurisprudência (K. G. CARVALHO, 2011, p. 235-236; COSTA, 2019, p. 1325). O STF pronunciou-se na Reclamação nº 4335/AC (BRASIL, 2014, p. 150-151) no seguinte sentido:

4. Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização (BRASIL, 2014).

A Constituição conhecida como cidadã sobressai como a técnica jurídica que modela o poder estatal concernente à organização, à estrutura, à fixação de competências, aos limites de atuação, às normas programáticas e aos princípios fundamentais positivados que expressam a acepção axiológica da sociedade. Funda-se no princípio republicano da certeza e igualdade formal das pessoas. Os direitos humanos propagam-se em meio às normas-regras de preceitos valorativos, expandindo-se de modo a atender aos novos anseios derivados da incessante construção evolutiva da sociedade.

O Sistema Tributário Nacional (STN) previsto nos arts. 145 a 162 da CRFB (BRASIL, 1988) sinteticamente estabelece as competências da União, dos Estados-membros, do

Distrito Federal e dos Municípios, as limitações ao poder de tributar, a via legislativa própria das normas gerais de regência da matéria e a repartição das receitas derivadas. Está pautado na máxima da *rule of law*, o substrato da legalidade, da democracia, do acesso à justiça e do direito de petição que valida a supremacia do interesse público sobre o particular. Configura-se pela transferência compulsória de uma parcela da riqueza gerada pela sociedade ao patrimônio público. Na qualidade da função fiscal e arrecadatória, visa à manutenção das estruturas e organizações institucionais do Estado para fins de implementação das políticas públicas como implementação dos direitos humanos. Trata-se do “instrumento mais significativo pelo qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva” (P. B. CARVALHO, 2018, p. 4677-473; COSTA, 2019, p. 1229-1389). A preponderância do interesse público é incontestável, e por essa razão as normas têm caráter cogente inderrogável pela vontade dos sujeitos da relação jurídico-obrigacional. O STN tem principiologia própria, exegese peculiar e específica valoração fática (PAULSEN, 2020b, p. 474-568).

A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, 1966), que foi recepcionada pelas normas constitucionais com estatura de lei complementar por “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária” (art. 146 da CRFB) (BRASIL, 1988), assim conceitua:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

O tributo trata-se do preço da liberdade social e seu instrumento garantidor, já que “o poder de tributar nasce no espaço aberto pelos direitos humanos e por eles é totalmente limitado”, caso em que o “Estado exerce o seu poder tributário sob a permanente limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais” (TORRES, 1999b, p. 14 e 59-60). Também pode ser entendido como o preço da cidadania, pois o “dever de pagar tributo, na realidade, certamente integra o feixe de relações jurídicas que se pode denominar estatuto do cidadão. Embora nem sempre tenha sido assim, pagar tributo é

atualmente um dever fundamental do cidadão” (MACHADO, 2009, p. 11; K. G. CARVALHO, 2011, p. 587; BULLOS, 2002, p. 56).

Essa tese foi ratificada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.556/DF (BRASIL, 2012), com base nos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (arts 1º e 3º da CRFB) (BRASIL, 1988) conhecidos como metas prioritárias e vetores para edição e aplicação dos atos infraconstitucionais:

A tributação somente se legitima pela adesão popular e democrática, cujo expoente é a regra da legalidade (*no taxation without representation*). Sua expressão análoga no campo financeiro é a reserva legal para autorizar gastos públicos (*no expenditure without representation*).

No aspecto de direitos fundamentais, a tributação “viabiliza as possibilidades de se construir uma sociedade [...] solidária, permitindo que as desigualdades sociais sejam reduzidas e a pobreza, bem como a marginalização, seja erradicada ou minimizada” (BUFFON, 2009, p. 264). Esclareça-se que “é a receita tributária que viabiliza a adoção de políticas públicas [e a] universalização do acesso [aos] direitos fundamentais” (GONÇALVES, 2018, p. 15).

A competência tributária constitucional indelegável, irrenunciável e exercida a qualquer tempo autoriza plenamente os sujeitos ativos, quais sejam a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, a instituir, modificar e extinguir tributos. A fixação de ordem constitucional é taxativa ou *numerus clausus*. A capacidade do ente tributante pode ser delegada, uma vez que há “atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra” (arts. 6º e 7º do CTN) (BRASIL, 1966).

O Distrito Federal, além de poder instituir impostos pertinentes aos Estados-membros cumulativamente, também o pode em relação aos Municípios. Há casos específicos da possibilidade do exercício comum a todos os entes tributantes. Cabe à União, em caráter residual, instituir impostos não cumulativos e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios diferentes daqueles já previstos, e extraordinariamente criar impostos na iminência ou em caso de guerra externa (arts. 145 a 162 da CRFB) (BRASIL, 1988).

A bitributação é vedada no caso de haver conflito de competência pelo desrespeito à esfera de competência entre os entes com base em um mesmo fato gerador. Por outro lado, o *bis in idem* permitido configura-se pela circunstância em que o mesmo sujeito ativo competente tribute mais de uma vez o sujeito passivo em razão da mesma causa, de acordo com o Recurso Especial nº 1429656/PR (BRASIL, 2014) proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (CHIMENTI, 2018, p. 352-449).

O mecanismo de repartição das receitas tributárias é o pressuposto pacto federativo cooperativo ou de equilíbrio traduzido na harmonia que orienta as relações institucionais com o “absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados” (PAULSEN, 2020b, p. 1842-1927).

Os Estados-membros e Distrito Federal estão vinculados à celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais nos termos do art. 155 da CRFB (BRASIL, 1988) e da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975 (BRASIL, 1975), que constituem o enquadramento legal do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Em conformidade com o STF, tem-se que:

Concessão de benefícios fiscais de ICMS independentemente de deliberação do CONFAZ. Guerra Fiscal. Violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal. 1. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal de que são inconstitucionais as normas que concedam ou autorizem a concessão de benefícios fiscais de ICMS (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento) independentemente de deliberação do CONFAZ, por violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, os quais repudiam a denominada “guerra fiscal”. Precedentes (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.247) (BRASIL, 2011):

2. Leis nº 13.212/2001 e 13.214/2001, do Estado do Paraná, que concederam benefícios fiscais de ICMS de várias espécies (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento), sem a observância de lei complementar federal e sem a

existência de convênio entre os Estados e o Distrito Federal. 3. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Precedentes (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.548/PR) (BRASIL, 2007).

A concessão de benefícios fiscais de forma unilateral pelos Estados-membros e Distrito Federal justifica as restrições ao exercício da competência legislativa constitucional como mecanismo de impedimento da conhecida guerra fiscal.

## 2. Cláusulas Pétreas

Princípios são inspirados nas normas com alto nível de generalização e abstracionismo. Significam o ponto de partida ou a razão que justifica a existência, organização e funcionamento de um sistema. Caracterizam-se por consubstanciar valores, ser interferentes por contraposição ou complementação, e ainda autoaplicáveis, autoconceituáveis e onivalentes. Classificam-se em: fundamentais ou gerais de direito; políticos constitucionalmente conformadores, que explicitam valores estruturantes; constitucionais impositivos, que orientam a ação dos poderes estatais; e garantidores, que têm conteúdo normativo (K. G. CARVALHO, 2011. p. 555-566).

As regras ampliam o grau de concretização e decorrem de proposições organizacionais de natureza instrumental e de preceitos disciplinadores primários, que prescrevem uma conduta, e secundários, que impõem sanção em decorrência da inobservância das proposições. Assim, são de elevado grau de especialidade e concretude (GARCIA, 2015, p. 105-115).

As limitações constitucionais ao poder de tributar abrangem um rol de princípios e regras previstos essencialmente em normas constitucionais destinadas a circunscrever o exercício do poder de legiferação.

**A imutabilidade dos princípios constitucionais pauta-se pela máxima de que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais”,** alçando-os a cláusulas pétreas (art. 60 da CRFB) (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais e garantias tributárias dos sujeitos passivos diante dos entes tributantes previstos na Constituição, último patamar de juridicidade e diretriz de conteúdo de ato infraconstitucional, formam um rol de dispositivos prevalentes de valores protegidos, que organizam o Estado. Trata-se da expressão da vontade do constituinte



originário de defesa de uma valia como algo com estimacão subjetiva soberana da sociedade e do Estado.

Os princípios que regem o STN estão qualificados como cláusulas pétreas na medida em que refletem limitações ao poder estatal de tributar e direcionar a atividade legislativa. Consubstanciam mecanismos de fomento da previsibilidade e da segurança jurídica e verdadeiras demarcações materiais ao poder constituinte derivado de alteracão, não podendo assim haver supressões.

Tem-se que o:

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posicão de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e aplicacão das normas jurídicas que com ele se conectam (CARRAZZA, 2021b, p. 42).

O estado de isolamento normativo é inadmissível, já que a disposicão fundamental propaga-se de forma lógica pelo ordenamento jurídico pátrio que lhe atribui a vitalidade e lhe confere a relacão de pertinência. A atividade cognoscitiva de interpretaçao deve ser efetivada de acordo com o conjunto legal em sentido amplo com o escopo de acomodar a permeabilidade de diretivas supremas às realidades social, econômica e política (CARRAZZA, 2021b, p. 33-57).

Sobre o tema, o STF firmou o entendimento de que os princípios constitucionais tributários qualificam-se como cláusulas pétreas:

1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constitucão);
2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a institucão de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federaçao (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.);
3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criaçao de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundaçoes, das entidades sindicais dos trabalhadores, das institucões de educaçao e de assistência

social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF) (BRASIL, 1994).

1. O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo. 2. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 587008/SP) (BRASIL, 2011).

7. O Sistema Tributário Nacional, encartado em capítulo próprio da Carta Federal, encampa a expressão “instituições de assistência social e educação” prescrita no art. 150, VI, “c”, cuja conceituação e regime jurídico aplica-se, por analogia, à expressão “entidades beneficentes de assistência social” contida no art. 195, § 7º, à luz da interpretação histórica dos textos das CF/46, CF/67 e CF/69, e das premissas fixadas no verbete da Súmula nº 730. É que até o advento da CF/88 ainda não havia sido cunhado o conceito de “seguridade social”, nos termos em que definidos pelo art. 203, inexistindo distinção clara entre previdência, assistência social e saúde, a partir dos critérios de generalidade e gratuidade. 8. As limitações constitucionais ao poder de tributar são o conjunto de princípios e demais regras disciplinadoras da definição e do exercício da competência tributária, bem como das imunidades. O art. 146, II, da CF/88, regula as limitações constitucionais ao poder de tributar reservadas à lei complementar, até então carente de formal edição. 9. A isenção prevista na Constituição Federal (art. 195, § 7º) tem o conteúdo de regra de supressão de competência tributária, encerrando verdadeira imunidade. As imunidades têm o teor de cláusulas pétreas, expressões de direitos fundamentais, na forma do art. 60, § 4º, da CF/88, tornando controversa a possibilidade de sua regulamentação através do poder constituinte derivado e/ou, ainda mais, pelo

legislador ordinário (Recurso Extraordinário nº 636941/RS) (BRASIL, 2014).

2. O Princípio da Anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF), por configurar uma das maiores garantias tributárias do cidadão em face do Estado/Fisco, é consagrado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF (ADI 939, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 18/03/1994). Além de constituir garantia individual, assegura a possibilidade de o contribuinte programar-se contra a ingerência estatal em sua propriedade, preservando-se, pois, a segurança jurídica (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.733/DF) (BRASIL, 2019).

A legitimidade e a aceitação da exigência fiscal estão ancoradas na eficiência da consecução das políticas públicas atinentes aos direitos fundamentais. Trata-se de cláusulas pétreas que preservam esses direitos e garantem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não podendo ser alteradas pelo poder constituinte derivado. Esse regime proporciona condições para a consecução dos objetivos fundamentais republicanos da promoção do bem de todos de forma equânime, da redução das desigualdades sociais, da cidadania, da dignidade da pessoa humana como imperativo categórico, do pluralismo político e do desenvolvimento, dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º da CRFB) (BRASIL, 1988) (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 6-9).

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.557, de 2011 (BRASIL, 2011), com o escopo de instituir o Código de Defesa do Contribuinte em âmbito nacional como forma de proteger os “direitos fundamentais do contribuinte brasileiro, de forma a coibir ações infundadas, com fundamento nos princípios constitucionais de respeito à função social das normas tributárias e à dignidade humana”.

### **3. Limitações ao Poder de Tributar**

Os princípios constitucionais tributários expressam direitos fundamentais do sujeito passivo limitantes do poder estatal de tributar e postulados imperativos ou cláusulas pétreas que têm como destinatário o poder estatal personificado nas pessoas jurídicas de direito público, quais sejam União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios denominados sujeitos ativos (art. 145 da CRFB) (BRASIL, 1988).

#### **3.1 Princípio da Legalidade**

A legalidade tributária, reserva absoluta de lei infraconstitucional ou tipicidade cerrada, segue o primado do *nullum tributum sine lege* como dogma, pois é vedado aos entes federados “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (art. 150 da CRFB) (BRASIL, 1988), observando-se que se equipara “à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso” (art. 97 do CTN) (BRASIL, 1966). No tocante à legislação tributária, as espécies compreendidas no processo legislativo, incluindo os tratados internacionais e decretos presidenciais, são consideradas como as fontes formais principais, além da própria Constituição e das suas emendas (AMARO, 2019, p. 2693-2702), conforme jurisprudência pacífica do STF:

A essência do direito tributário — respeitados os postulados fixados pela própria Constituição — reside na integral submissão do poder estatal à *rule of law*. A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária. Considerações em torno das dimensões em que se projeta o princípio da reserva constitucional de lei (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296/DF) (BRASIL, 1995).

A lei complementar tem processo diferenciado, e inexistente relação hierárquica com a lei ordinária (Recurso Extraordinário nº 377457/PR) (BRASIL, 2008). Está identificada por um rol em caráter exaustivo de conteúdo substantivo elencado nas normas constitucionais. O respectivo projeto deve ser aprovado por maioria absoluta em ambas as Casas do Poder Legislativo em um só turno. Tem divulgação oficial depois que o Presidente da República sancionar e promulgar o texto. Trata-se de diretiva reservada a dispor sobre conflitos de competência entre os entes federados, a regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e a estabelecer normas gerais. Vale destacar que matérias reservadas a lei complementar não podem ser editadas em medidas provisórias nem versar sobre tratados e convenções internacionais.

Tal lei destina-se a estabelecer critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência para as sociedades cooperativas, para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, bem como instituir, modificar e extinguir contribuições, empréstimos compulsórios, imposto sobre grandes fortunas e aqueles decorrentes do exercício da competência residual da União.

Essa legislação ainda é a orientação diretiva para a celebração de convênios de subordinação firmados entre Estados-membros e o Distrito Federal (Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975) (BRASIL, 1975) e entre os Municípios (Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003) (BRASIL 2003), visando harmonizar “a concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais”, uma vez que os entes tributantes não podem se servir de sua competência constitucional para promover a guerra fiscal, em conformidade com os pronunciamentos do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.458/AL (BRASIL, 2003) e no Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.705/DF (BRASIL, 2012) (AMARO, 2019, p. 3755-3846; PAULSEN, 2020b, p. 3807-3841).

A resolução do Senado Federal é a via adequada para tratar da fixação de limites mínimos e máximos de tributos de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal, inclusive com o intuito de evitar a guerra dos portos. Além disso, destina-se a “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, nos termos dos arts. 52 e 155 da CRFB (BRASIL, 1988; PAULSEN, 220b, p. 3792-3803).

Por sua vez, a lei ordinária é a espécie normativa usual de regência de instituição, modificação e extinção de imposto, taxa e contribuição de melhoria, bem como de subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão. Somente tem publicidade após completado o rito de o projeto ser aprovado em um só turno por maioria simples, por uma Casa do Congresso Nacional, e revisto pela outra, quando então é enviado à sanção ou promulgação do Chefe do Poder Executivo, que pode expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei que não inovem na ordem jurídica (AMARO, 2019, p. 3854-3862).

O tratado ou a convenção internacional somente integram o ordenamento jurídico pátrio após se completar o *iter* de assinatura executiva, aprovação por decreto legislativo, ratificação com o respectivo depósito e finalmente promulgação e publicação respectiva do decreto presidencial.

Conforme a premissa da paridade normativa, os tratados como o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) (BRASIL, 1947) e convenções internacionais para evitar dupla tributação e prevenir a evasão fiscal, “uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de

eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias”, de modo a revogar ou modificar as normas internas sobre a matéria (AMARO, 2019, p. 3878-3872).

O STF assim se pronunciou:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF) (BRASIL, 2001).

1. Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade (Recurso Extraordinário com Agravo nº 766618/SP) (BRASIL, 2017).

O regime fiscal inserido em convenções internacionais para evitar dupla tributação (art. 98 do CTN) (BRASIL, 1966) (COÊLHO, 2020, p. 416-417) atinge tributos de competência de todos os entes federados, tal como o STF assentou:

Nada impede, portanto, que o Estado Federal brasileiro celebre tratados internacionais que veiculem cláusulas de exoneração tributária em matéria de tributos [...], pois a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu *treaty-making power*, estará praticando ato legítimo que se inclui na esfera de suas prerrogativas como pessoa

jurídica de direito internacional público, que detém — em face das unidades meramente federadas — o monopólio da soberania e da personalidade internacional. - Considerações em torno da natureza político-jurídica do Estado Federal. Complexidade estrutural do modelo federativo. Coexistência, nele, de comunidades jurídicas parciais rigorosamente parificadas e coordenadas entre si, porém subordinadas, constitucionalmente, a uma ordem jurídica total (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 543943/PR) (BRASIL, 2011).

A medida provisória é ato normativo de edição exclusiva do Presidente da República com força de lei ordinária em casos excepcionais de demonstração dos pressupostos autorizadores concomitantes: relevância e urgência, dado o aspecto temporal do rito na tramitação de projeto de lei e a “razão positiva da disciplina”, tal como pronunciado pelo STF no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 592377/RS (BRASIL, 2015). Com força de lei ordinária, tem validade de sessenta dias, podendo ser prorrogada uma vez por igual período. Caso nesse prazo não seja convertida em lei pelo Congresso Nacional, perde sua eficácia (AMARO, 2019, p. 3871-3872).

Os decretos legislativos, atos exclusivos do Congresso Nacional, prestam-se à aprovação dos tratados internacionais e aos efeitos das medidas provisórias não convertidas em lei. Ao Senado Federal cabe emitir resoluções definindo as alíquotas de impostos de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal. Ademais, os entes políticos são responsáveis pela edição das normas complementares à legislação tributária (AMARO, 2019, p. 4192-4259).

Em caráter excepcional, o Poder Executivo pode editar lei delegada com natureza jurídica de lei ordinária, desde que autorizado expressamente pelo Poder Legislativo mediante resolução e em determinados limites (MORAES, 2019, p. 750-988). Esta resolução de “outorga parlamentar de funções normativas” “não pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum”, nos termos do entendimento do STF:

A essência do direito tributário — respeitados os postulados fixados pela própria Constituição — reside na integral submissão do poder estatal à *rule of law*. A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de

garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária. Considerações em torno das dimensões em que se projeta o princípio da reserva constitucional de lei. - A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, mediante regime de direito estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder à delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo. A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296/PE) (BRASIL, 1995).

Atenuando a estrita legalidade tributária, os decretos e regulamentos presidenciais (art. 84 da CRFB) (BRASIL, 1988) são expedidos em virtude de lei e para sua fiel execução. O campo de complemento à sua normatização é amplo, "integrando a própria norma tributária impositiva", por serem equiparados a leis, tratados e convenções internacionais em matéria tributária (art. 100 do CTN) (BRASIL, 1966) (PAULSEN, 2020b, p. 3924-3943).

Hodiernamente, a judicialização fiscal provocada com efeito vinculante *erga omnes* se expande em decorrência da redemocratização brasileira, da constitucionalização abrangente e do próprio sistema de controle de constitucionalidade normativo que visa, inclusive, assegurar a uniformidade da interpretação da legislação federal. A expansão da litigiosidade mostra que se por um lado a sociedade civil "vem se tornando mais consciente de seus direitos e sua cidadania", por outro constata-se um "espírito de emulação" pelo descumprimento de obrigações inclusive no trato de questões nacionais relevantes (BARROSO, 2018, p. 336-444).

Cabe observar que a legística abrange a *common law* ou direito consuetudinário, em que há contribuição da jurisprudência decorrente das normas já interpretadas, e a *civil law*, de origem romano-franco-germânica, em que a estrutura básica jurídica pauta-se pela lei em sentido amplo tal como o ordenamento jurídico brasileiro está estruturado. Há que ressaltar que a hermenêutica jurídica muito desenvolve e se aperfeiçoa no âmbito de um ordenamento jurídico pujante com boas leis a fomentar crescimento econômico, social e político de uma sociedade e propiciar a célere prestação jurisdicional, pois "lei clara não



carece de interpretação", do latim *lex clara non indiget interpretatione* (MACHADO, 2016, p. 73-74).

A teoria orientada pela *ratio decidendi* de precedentes, própria da *common law*, fixa teses jurídicas contendo racionalidade argumentativa promovida pelo *obiter dictum* na construção de normas. Porém, na sua aplicação há que se atentar para as técnicas da *distinguishing* da inadequação, da *overruling* e *overriding* (respectivamente, da superação total ou parcial), da *signaling* de revogação posterior, da *transformation* de incompatibilidade e da *per incuriam* da não vinculação. Essa sistemática, se por um lado prima pela isonomia de tratamento entre os jurisdicionados, segurança jurídica e celeridade processual, pelo outro distancia-se da inovação e da autonomia judicial (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 442-467).

Dada a complexidade do STN, o acesso em profusão ao Poder Judiciário para solução das controvérsias é uma realidade, o que tem aproximado o ordenamento jurídico pátrio na espécie do sistema *common law* firmado na verticalização de precedente vinculante o qual implementa a segurança jurídica como valor que tem primazia na legislação (MORAES, 2019, p. 788-872). A legislação tributária é complexa e caracterizada pela reduzida compilação e sistematização que obstaculiza sua cognoscibilidade, fatores que ensejam interpretações divergentes por parte do operador, distorções distributivas e redução de investimentos na produção de riquezas. Tais fatores incrementam a litigiosidade no âmbito administrativo e a judicialização, dada a vitalidade político-social contemporânea que fomenta a imprevisibilidade e a insegurança jurídicas. Esses instrumentos são utilizados como câmbio normativo do texto constitucional e do infraconstitucional com fundamento em princípios determinantes e conformadores, para reverberarem nas cortes judiciais e não nas instâncias políticas tradicionais (BÖKENFÖRDE, 2000, p. 181-182).

Tal procedimento pauta-se pelo implemento de mecanismo de uniformização e fixação de precedentes em caso de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito nos Tribunais superiores. O recurso selecionado como paradigma deve conter "abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida". São objeto desses ritos específicos o recurso extraordinário com repercussão geral de temas "com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa" e o recurso especial repetitivo. Os demais recursos pendentes de julgamento com base em idêntica controvérsia ficam sobrestados até a

decisão definitiva do *leading case*, nos termos dos arts. 1036 a 1041 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015).

Nesse contexto, o STF também pode editar súmulas vinculantes sobre questão constitucional acerca de matérias que acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A da CRFB) (BRASIL, 1988). Os precedentes habilitados com efeito vinculante são aplicados como atos integrantes no rol da legislação tributária, sendo dotados de segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e igualdade (LEMOS, 2009, p. 42-44; MORAES, 2019, p. 313-314, 333, 644-652; SERAU; REIS, 2009, p. 25-28).

### 3.2 Princípio da Irretroatividade

Por via de regra, a irretroatividade da lei permeia o sistema jurídico brasileiro, já que a lei em vigor tem efeito prospectivo imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito consumado conforme a legislação de regência, o direito adquirido que o titular exerça nas condições previstas e a coisa julgada da decisão judicial de que já não caiba recurso (BRASIL, 1942). Essas disposições aplicam-se à legislação tributária inovadora que tem efeitos prospectivos imediatamente aos fatos geradores futuros e àqueles iniciados ainda pendentes de definitividade de ocorrência.

Vedada está a cobrança de tributos pelos entes federados “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”. A não surpresa ou segurança jurídica é corolário da legalidade pela imprescindibilidade prévia de normatividade do gravame. Em geral, a lei tributária tem vigência a partir da data da publicação, porém o atributo de vigor com força vinculante emerge após observados os critérios constitucionais de anterioridades específicas, lapso temporal em que se verifica a sua vacância, *vacatio legis*, conforme art. 150 da CRFB (BRASIL, 1988) (MAZZA, 2020, p 7794-7931; COSTA, 2019, p. 1519).

Em caráter de absoluta excepcionalidade, a lei declarada interpretativa sobre existência de fundada dúvida sobre o conteúdo normativo aplica-se aos atos ou fatos pretéritos. O critério de não inovação na ordem jurídica é o pressuposto, pois “a retroprojeção normativa da lei deve limitar-se tão somente a reproduzir”, “ainda que com outro enunciado, o conteúdo normativo interpretado, sem modificar ou limitar o seu sentido ou o seu alcance”, não podendo gerar nem produzir gravames, tal como o STF

assentou na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 605/DF (BRASIL, 199) (MAZZA, 2020 p. 7799-7869).

As regras intertemporais de procedimentos sujeitam-se à retroatividade da norma que amplia os poderes de investigação das autoridades administrativas e institui novos critérios de apuração das exigências fiscais, outorgando-lhe maiores garantias e privilégios nos termos do art. 144 do CTN (BRASIL, 1966) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1134665/SP proferido pelo STJ (BRASIL, 2009) (COÊLHO, 2020, p. 506-507; BALEEIRO; DERZI, 2018, p. 1203-1204).

A sanção tributária, corporificada em multa pecuniária, é aplicada em razão do descumprimento da obrigação *ex lege* no prazo, no tempo e no lugar prescritos por norma jurídica primária. Em se tratando de ato não definitivamente julgado, a lei incide sobre fato pretérito, quando deixa de defini-lo como infração ou contrário a qualquer exigência, incorporando *mutatis mutandis* o léxico penal *abolitio criminis*, ainda “quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática” (art. 106 do CTN) (BRASIL, 1966).

Em caso de superveniência de lei que defina penalidade menos gravosa, a legislação tributária acolhe o princípio da retroatividade benigna como “garantia mínima do contribuinte”, desde que o ato não tenha sido definitivamente julgado, de acordo com o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 647518/SP (BRASIL, 2008) e o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 922984/SP (BRASIL, 2009), ambos proferidos pelo STJ. Esses preceitos foram tomados de empréstimo da legislação penal conforme pacificada pelo STF, e por essa razão, pela lógica teleológica, não devem ser potencializados no trato da legislação tributária, tendo em vista o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 86005/SP (BRASIL, 1982) e o Recurso Extraordinário nº 407190/RS (BRASIL, 2005) (COÊLHO, 2020, p. 423-426).

A legislação tributária penal, *jus tributandi*, prevê sanções, em regra pecuniárias. Origina-se do descumprimento de obrigações principais de dar como objeto o pagamento de tributo decorrente da ocorrência do fato gerador e de obrigações acessórias de fazer, não fazer ou tolerar procedentes de desobediências de prestação de informações no interesse da arrecadação ou da fiscalização, circunstâncias que não elidem o pagamento do crédito (art. 113 do CTN) (BRASIL, 1966). Nesse caso, tem-se a imposição de multas derivadas pela não observância de determinações compulsórias cogentes com atributo de

autoexecutoriedade de natureza administrativa que implicam sanções administrativas, já que tributo não constitui sanção de ato ilícito ou crime (SHOUERI, 2019, p. 23410-23443).

### 3.3 Princípio da Anterioridade

Aos entes federados é vedado cobrar tributo no mesmo ano civil (art. 34 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964) (BRASIL, 1964) “em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” e “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” (art. 150 da CRFB) (BRASIL, 1988). Os princípios da anterioridade abrangem a anual ou genérica e a nonagesimal ou especial, estando estreitamente associados à não surpresa, à segurança, à confiança e à previsibilidade. Tais princípios têm como conteúdo a instituição e majoração de tributo, definição de novas hipóteses de incidência, bem como extinção e redução de isenções (art. 104 do CTN) (BRASIL, 1966).

O STF assim se manifestou:

[...] imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo” “Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1040084/RS) (BRASIL, 2018).

A majoração da alíquota do IPI, passível de ocorrer mediante ato do Poder Executivo – artigo 153, § 1º –, submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal (Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4661/DF) (BRASIL, 2012).

Essas condições de procedibilidade legiferante são exigidas de forma cumulativa ou isoladamente, e estão enumeradas por um rol taxativo nas normas constitucionais (SHOUERI, 2019, p. 9405-9808; AMARO, 2019, p. 2885-3118; PAULSEN, 2020b, p. 2900-3039).

Os atos expedidos pelas autoridades administrativas com natureza de normas em sentido amplo submetem-se aos princípios das anterioridades, exceto nos casos em que se altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária, tendo em vista o enunciado da Súmula Vinculante STF nº 50, que prevê que a “Norma legal que altera o prazo de

recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade” (BRASIL, 2015).

### 3.4 Princípio da Igualdade

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade” (BARBOSA, 1999, p. 26).

A igualdade tributária veda aos entes federados “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida”. Tem base axiológica no postulado da igualdade que considera que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e na ideia de justiça contida no princípio republicano (arts. 5º e 150 da CRFB) (BRASIL, 1988).

Sobressaem os entendimentos do STF:

2. Tributário. Sistema 'Simples'. Art. 9º da Lei 9.317/96. Ofensa ao princípio da isonomia. Inocorrência (Recurso Extraordinário nº 411781/PR, BRASIL, 2007).

Sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia tributária, não pode o Poder Judiciário estender benefício fiscal sem que haja previsão legal específica. No caso em exame, a eventual conclusão pela inconstitucionalidade do critério que se entende indevidamente restritivo conduziria à inaplicabilidade integral do benefício fiscal. A extensão do benefício àqueles que não foram expressamente contemplados não poderia ser utilizada para restaurar a igualdade de condições tida por desequilibrada (Recurso Extraordinário nº 405579/PR) (BRASIL, 2011).

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da

autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal (Recurso Extraordinário nº 601314) (BRASIL, 2016).

1. O princípio da isonomia, refletido no sistema constitucional tributário (art. 5º c/c art. 150, II, CRFB/88) não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação jurídica, mas, também, na implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes, impondo, por vezes, tratamento desigual em circunstâncias específicas e que militam em prol da igualdade. 2. A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida que justifique os interesses protegidos na Constituição (adequada correlação valorativa). 3. A norma revela-se antijurídica, ante as discriminações injustificadas no seu conteúdo intrínseco, encerrando distinções não balizadas por critérios objetivos e racionais adequados (fundamento lógico) ao fim visado pela diferenciação (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 640905/SP) (BRASIL, 2018).

Essa igualdade reflete no sistema constitucional, inclusive “na implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes, impondo, por

vezes, tratamento desigual em circunstâncias específicas e que militam em prol da igualdade” na “adequada correlação valorativa” (SHOUERI, 2019, p. 10023-10284; AMARO, 2019, p. 3127-3173; PAULSEN, 2020b, p. 1646-1756).

### **3.5 Princípio da Capacidade Contributiva**

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, considerando-se os direitos individuais, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas, já que esta se identifica com o “fato-signo presuntivo de riqueza”, traduzido no potencial de suportar o encargo financeiro fiscal (art. 145 da CRFB) (BRASIL 1988).

Em se tratando de projeção da igualdade e da solidariedade, o postulado da capacidade contributiva é orientado para que a despesa pública seja rateada equitativamente na medida da fruição de riqueza garantida pela própria estrutura estatal. Encerra-se no limite condicional do possível atribuído a impostos e segue o imperativo da justiça fiscal, preservando o mínimo vital e evitando excessos.

O STF manifestou-se nesse sentido:

3. Capacidade contributiva que deve ser aferida a partir da propriedade imóvel individualmente considerada e não sobre todo o patrimônio do contribuinte. Noutras palavras, objetivamente falando, o princípio da capacidade contributiva deve consubstanciar a exteriorização de riquezas capazes de suportar a incidência do ônus fiscal e não sobre outros signos presuntivos de riqueza (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral com Agravo nº 643686/BA) **(BRASIL, 2013)**.

Esse postulado contempla os critérios da progressividade da alíquota do tributo na medida em que é acrescida à base de cálculo, da proporcionalidade quando há relação de grandeza entre ambos, e da seletividade em razão inversa da essencialidade do bem (SABBAG, 2020, p. 729-786; SHOUERI, 2019, p. 10111-10133; CARRAZZA, 2016a, p. 1488; AMARO, 2019, p. 3202-3318; PAULSEN, 2020b, p. 1437-1522).

### **3.6 Princípio da Vedação ao Confisco**

Os entes tributantes estão impedidos de se valer do tributo com efeito de confisco, cuja expressão trata-se de conceito jurídico indeterminado na ordem constitucional. O exame do conjunto probatório fático da situação ocorrente é imprescindível para evidenciar esta circunstância de “absorção substancial da propriedade privada”. O requisito paradigmático do excesso consiste no *quantum* que ponha em risco a totalidade dos bens e direitos ou exceda o modelo constitucional da capacidade contributiva dotada de equidade, proporcionalidade e razoabilidade.

O STF revelou que:

1. É possível realizar uma dosimetria do conteúdo da vedação ao confisco à luz da espécie de multa aplicada no caso concreto. 2. Considerando que as multas moratórias constituem um mero desestímulo ao adimplemento tardio da obrigação tributária, nos termos da jurisprudência da Corte, é razoável a fixação do patamar de 20% do valor da obrigação principal (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 727872/RS) (BRASIL, 2015).

Pretendida violação ao preceito inscrito no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal – caráter alegadamente confiscatório da multa tributária cominada em lei – considerações em torno da vedação constitucional do tributo confiscatório – indeterminação conceitual, no plano da constituição da república, da noção de efeito confiscatório – doutrina – necessária indagação, em cada caso ocorrente, de elementos fáticos essenciais à constatação do caráter de confisco da obrigação tributária – imprescindibilidade de reexame de índole fático-probatória (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 831377/MG) (BRASIL, 2015).

Certo é que esse princípio compreende uma cláusula aberta a reclamar uma diretiva genérica e imparcial aplicável a destinatários indeterminados. A “desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica” é fator determinante da interdição injusta da apropriação estatal que comprometa os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (COSTA, 2019, p. 1669-1707; MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 72-74).

### **3.7 Princípio do Sigilo Fiscal**



Tendo como fundamento de validade o sigilo de dados e a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988), a Fazenda Pública está proibida de divulgar informação a que tenha acesso em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, exceto sobre representações fiscais para fins penais, inscrições na dívida ativa e parcelamentos. Nos limites normativos, é permitida a assistência mútua e permuta de informações para atender as solicitações de autoridade administrativa, a requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça, os convênios entre os entes federados e, cumprindo padrões internacionais, a União entre Estados estrangeiros, de acordo com os arts. 197 a 199 do CTN (BRASIL, 1966) e o Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016 (BRASIL, 2016).

Sem necessidade de prévia autorização judicial, a autoridade administrativa pode examinar registros das instituições financeiras quando indispensáveis na apuração de fatos tributáveis e desde que haja procedimento instaurado e o “translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”, tal como expresso na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 (BRASIL, 2001).

O STF estabeleceu:

O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 601314/SP) (BRASIL, 2016).

Os entes federados devem assegurar a execução do acesso à informação em conformidade com a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e o sigilo como exceção (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) (BRASIL, 2011). Em contrapartida, os dados pessoais devem ser protegidos e tratados “para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço” (**Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**) (BRASIL, 2018) (SHOUERI, 2019, p. 25099-25191; AMARO, 2019, p. 9897-9947; PAULSEN, 2020b, p. 7104-7271).

### **3.8 Princípio da Liberdade de Tráfego**

Aos entes políticos é vedado instituir tributos interestaduais ou intermunicipais como forma de restringir o exercício da liberdade ao tráfego de pessoas ou bens de qualquer natureza, ainda que de forma indireta como instrumento de constrangimento ilegal. Essa limitação constitucional não se aplica na exigência de “pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público” (arts. 150 e 173 da CRFB) (BRASIL, 1988).

O STF declarou:

Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu (Súmula nº 545) (BRASIL, 1969).

Como a regra, agora, é a da concessão sem exclusividade (art. 16), o usuário teria sempre a liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviço público (linhas de ônibus, por exemplo). Todavia, havendo exclusividade na sua prestação, a liberdade de escolha do usuário ficaria restrita à utilização ou não do serviço’ (op. cit., p. 160). Não fosse assim, “se por liberdade de escolha se entendesse, no caso de concessão de rodovia, a possibilidade de optar por uma via alternativa de livre trânsito, gratuita, ter-se-ia que entender que, para se cobrar tarifa pela prestação de serviço público de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado, seria necessária a existência de um serviços público de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado prestado gratuitamente pelo Poder Público, o que seria inconcebível”. (Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Decisões e Pareceres Jurídicos sobre Pedágio*, ABCR, São Paulo, 2002, p. 31). Essa forma de interpretação é a que melhor atende à necessária compatibilidade da lei com a Constituição, que, como se disse, autorizou a cobrança de pedágio ainda que isso pudesse importar limitação ao tráfego de pessoas e de bens (Recurso Extraordinário nº 483251/PR) (BRASIL, 2011).

1. O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público, não estando a sua instituição,

consequentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita (Ação Direta de Constitucionalidade nº 800/RS) (BRASIL, 2014).

Essa taxa difere dos tributos abrangidos por esse princípio, já que a cobrança desse preço público é fixada por critérios de equidade e não está condicionada à prévia autorização orçamentária, apesar de compulsória pela reciprocidade, “porquanto o recolhimento dos valores nos postos de cobrança é a condição para que se transite” nas vias pedagiadas (SHOUERI, 2019, p. 4016-4138; AMARO, 2019, p. 3349-3386; PAULSEN, 2020b, p. 3071-3099).

### **3.9 Princípio da Transparência dos Tributos**

No contexto da responsabilidade política, os consumidores têm direito a informações constantes em documentos fiscais sobre a totalidade de tributos incidentes na determinação do valor de venda, de acordo com o art. 150 da CRFB (BRASIL, 1988) e a Lei nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2012).

O STF evidenciou:

1. O grande desafio da Democracia representativa é fortalecer os mecanismos de controle em relação aos diversos grupos de pressão, não autorizando o fortalecimento dos “atores invisíveis de poder”, que tenham condições econômicas de desequilibrar o resultado das eleições e da gestão governamental. 2. Os princípios democrático e republicano repelem a manutenção de expedientes ocultos no que concerne ao funcionamento da máquina estatal em suas mais diversas facetas. É essencial ao fortalecimento da Democracia que o seu financiamento seja feito em bases essencialmente republicanas e absolutamente transparentes. Prejudica-se o aprimoramento da Democracia brasileira quando um dos aspectos do princípio democrático — a democracia representativa — se desenvolve em bases materiais encobertas por métodos obscuros de doação eleitoral. 3. Sem as informações necessárias, entre elas a identificação dos particulares que contribuíram originariamente para legendas e para candidatos, com a explicitação também destes, o processo de prestação de contas perde em efetividade, obstruindo o cumprimento, pela Justiça Eleitoral, da relevantíssima competência

estabelecida no art. 17, III, da CF (Ação Direta de Constitucionalidade nº 5.394/DF) (BRASIL, 2018).

Tal princípio possui grande valor, visto que é “essencial ao fortalecimento da democracia que o seu financiamento seja feito em bases essencialmente republicanas e absolutamente transparentes” (SHOUERI, 2019, p. 1542-1546; AMARO, 2019, p. 3386-3394).

### **3.10 Princípio do Tratamento Fiscal Simplificado, Diferenciado e Favorecido**

Este princípio fundamental da ordem econômica prescreve que os entes federados devem conferir às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento simplificado, diferenciado e favorecido em relação ao cumprimento das obrigações tributárias, conforme arts. 170 e 179 da CRFB (BRASIL, 1988) e Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006). As pessoas jurídicas de menor potencial competitivo no mercado são as destinatárias desse estímulo à livre-iniciativa com o propósito de evitar o desequilíbrio concorrencial, em consonância com os fundamentos da isonomia e da capacidade contributiva.

O STF evidenciou:

3. A isenção concedida não viola o art. 146, III, d, da Constituição, pois a lista de tributos prevista no texto legal que define o campo de reserva da lei complementar é exemplificativa e não taxativa. Leitura do art. 146, III, d, juntamente com o art. 170, IX da Constituição. 3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte. 4. Risco à autonomia sindical afastado, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos. 5. Não há

violação da isonomia ou da igualdade, uma vez que não ficou demonstrada a inexistência de diferenciação relevante entre os sindicatos patronais e os sindicatos de representação de trabalhadores, no que se refere ao potencial das fontes de custeio (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.033/DF) (BRASIL, 2011).

1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. 2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações. 3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar, também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 627543/RS) **(BRASIL, 2014)**.

A microempresa ou a empresa de pequeno porte que preenchem as condições legais podem optar de forma irretroatável para todo o ano calendário pelo “Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional” de tributos federais, municipais, distritais e municipais. Essa sistemática diferenciada, simplificada e favorecida de tributação é

administrada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), formado por representantes dos entes federados.

### 3.11 Princípio da Imunidade Tributária

As normas constitucionais que conferem competências tributárias aos entes federados também vedam a exigência de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, delimitando expressamente o campo de incidência tributária como exonerações qualificadas, nos termos do art. 150 da CRFB (BRASIL, 1988).

O STF demonstrou que:

**1. A imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal — extensiva às autarquias e fundações públicas — tem aplicabilidade restrita a impostos, não se estendendo, em consequência, a outras espécies tributárias, a exemplo das contribuições sociais. Precedentes (Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 831381/PR) (BRASIL, 2018).**

5. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a) — ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos — não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024/DF) (BRASIL, 2007).

**2. A imunidade tributária recíproca alcança apenas as finalidades essenciais da entidade protegida. O reconhecimento da imunidade tributária às operações financeiras não impede a autoridade fiscal de examinar a correção do procedimento adotado pela entidade imune. Constatado desvio de finalidade, a autoridade fiscal tem o poder-dever de constituir o crédito tributário e de tomar as demais medidas legais cabíveis. Natureza plenamente vinculada do lançamento tributário, que não admite excesso de carga (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 259976/RS) (BRASIL, 2010).**

Onde quer que se oficie um culto, aí é o templo. No Brasil, o Estado é laico. Não tem religião oficial. A todas respeita e protege, não indo contra as instituições religiosas com o poder de polícia ou o poder de tributar [...] É fácil percebermos que esta alínea 'b' visa a assegurar a livre manifestação da religiosidade das pessoas, isto é, a fé que elas têm em certos valores transcendentais. As entidades tributantes não podem, nem mesmo por meio de impostos, embaraçar o exercício de cultos religiosos (Recurso Extraordinário nº 562351/RS) (BRASIL, 2012).

Trata-se de hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada como um direito fundamental, que afasta a irradiação da regra matriz por força da norma negativa de competência. Observe-se que esse favor fiscal subjetivo atinge somente as funções típicas, excluídas as atividades econômicas exercidas em regime de livre concorrência.

A imunidade recíproca alcança os entes políticos como garantia da forma federativa estatal, em virtude da ausência de capacidade contributiva por parte deles, e do repasse do produto da arrecadação na repartição de receitas tributárias. A sua extensão às autarquias e fundações públicas está restrita às finalidades essenciais da entidade protegida.

A proteção à liberdade de crença é favorecida mediante concessão de imunidade a qualquer culto, com a finalidade de "assegurar a livre manifestação da religiosidade das pessoas, isto é, a fé que elas têm em certos valores transcendentais".

Os partidos políticos, inclusive suas fundações, as entidades sindicais dos trabalhadores e as instituições de educação e de assistência social sem finalidade lucrativa, pessoas jurídicas de direito privado alcançadas pela imunidade, estão sujeitos ao cumprimento de requisitos legais, tais como não remunerar seus dirigentes pelos serviços, "aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais, manter escrituração completa, cumprir as obrigações acessórias e assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição da mesma natureza", conforme art. 14 do CTN (BRASIL, 1966), Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002) e arts. 12 a 14 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (BRASIL, 1997).

O enunciado da Súmula nº 612 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) prescreve:

O certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS), no prazo de sua validade, possui natureza declaratória para fins tributários, retroagindo seus efeitos à data em que demonstrado o cumprimento dos requisitos estabelecidos por lei complementar para a fruição da imunidade (BRASIL, 2018).

Os enunciados do STF pacificaram:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas (Súmula Vinculante nº 52) (BRASIL, 2015).

A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias (Súmula Vinculante nº 57) (BRASIL, 2020).

Privilegiando-se a liberdade de informação, manifestação do pensamento e estímulo à cultura, são imunes de impostos os livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, incluindo o livro eletrônico, bem como as obras artísticas em geral, produzidas internamente por autores e interpretadas por artistas nacionais. Hodiernamente, a "interpretação das imunidades tributárias deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos" (COSTA, 2019, p. 1750-2249; AMARO, 2019, p. 3456- 3613; PAULSEN, 2020b, p. 2190-2632).

**A imunidade tributária nas exportações não alcança o sujeito passivo, mas sim o bem ou serviço a ser exportado. Esse benefício fiscal, porém, não alcança o lucro das pessoas jurídicas exportadoras.**

Nesse sentido, o STF divulgou o seguinte:

1. O melhor discernimento acerca do alcance da imunidade tributária nas exportações indiretas se realiza a partir da compreensão da natureza objetiva da imunidade, que está a indicar que imune não é



o contribuinte, 'mas sim o bem quando exportado', portanto, irrelevante se promovida exportação direta ou indireta. 2. A imunidade tributária prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição, alcança a operação de exportação indireta realizada por *trading companies*, portanto, imune ao previsto no art. 22-A, da Lei n. 8.212/1991. 3. A jurisprudência deste STF [...] prestigia o fomento à exportação mediante uma série de desonerações tributárias que conduzem à conclusão da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, dos arts. 245 da IN 3/2005 e 170 da IN 971/2009, haja vista que a restrição imposta pela Administração Tributária não ostenta guarida perante a linha jurisprudencial desta Suprema Corte em relação à imunidade tributária prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição. 4. Fixação de tese de julgamento para os fins da sistemática da repercussão geral: "A norma imunizante contida no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição da República alcança as receitas decorrentes de operações indiretas de exportação caracterizadas por haver participação de sociedade exportadora intermediária". (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 759244/SP) (BRASIL, 2020).

Imunidade – Capacidade Ativa Tributária. A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita. Imunidade – Exportação – Receita – Lucro. A imunidade prevista no inciso I do § 2º do artigo 149 da Carta Federal não alcança o lucro das empresas exportadoras. Lucro – Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – Empresas Exportadoras. Incide no lucro das empresas exportadoras a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 564413/SC) (BRASIL, 2010).

Com relação à desoneração tributária das exportações brasileiras, o Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) forneceu a seguinte explicação:

O tratamento fiscal das exportações brasileiras segue a prática mundial e busca a desoneração dos tributos indiretos sobre as exportações. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 definiu que não incidem sobre as exportações brasileiras o IPI (art. 153, § 3º, III), o ICMS (art. 155, § 2º, X, "a") e as Contribuições Sociais e de

Intervenção no Domínio Econômico, tais como o Programa de Integração Social e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS (art. 149, § 2º, I). Além de não incidirem sobre o faturamento das exportações, o exportador mantém o direito ao crédito gerado pela incidência desses tributos sobre a aquisição dos insumos empregados nos produtos exportados. Portanto, os valores correspondentes a esses tributos não devem compor o preço do produto final exportado (BRASIL, 2021).

O tratamento fiscal das exportações de bens ou serviços nacionais observa a práxis universal e busca a desobrigação fiscal de bens e serviços nacionais, propiciando a competitividade no cenário internacional. Compreende os impostos sobre industrialização de produtos, comercialização de mercadorias e de serviços, e ainda as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico (arts. 149, 153, 155, e 156 da CRFB) (BRASIL, 1988).

#### **4. Considerações Finais**

A premissa basilar do Estado soberano é que suas estruturas e organizações institucionais, bem como o exercício de suas atribuições, sejam mantidas pela transferência compulsória de uma parcela da riqueza gerada pela sociedade ao patrimônio público mediante receitas derivadas decorrentes de tributos. Trata-se de “preço da liberdade” que salvaguarda a democracia fiscal e a garantia dos direitos fundamentais.

Com relação ao STN, verifica-se que é eminentemente constitucional, com a fixação da competência dos sujeitos ativos da Federação, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios para a criação de tributos.

As limitações ao poder estatal de tributar pautadas em princípios positivados estão alçadas a cláusulas pétreas, em relação às quais é vedada a deliberação legislativa destinada a revogá-las, consolidando-se assim o seu aspecto republicano.

A legalidade consolida que não se pode “exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça”, contemplando normas elaboradas por distintos processos legislativos e tratados internacionais. O conjunto de numerosos atos pertinentes à legislação tributária proporciona abundância interpretativa que se propaga em provimentos jurisdicionais vinculantes que se acerbam do direito consuetudinário.

A irretroatividade resguarda a exigência de tributos com base na legislação que os institui ou aumenta, não alcançando fatos geradores ocorridos antes da sua vigência. Excepcionalmente, têm efeitos retroativos as leis declaradas interpretativas, aquelas que ampliam os poderes fiscais de investigação, e ainda as que cominem penalidades pecuniárias menos gravosas.

A anterioridade impede a exigência de tributo no ano civil “em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” e “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”, conforme o caso.

A igualdade obstrui tratamento discriminatório injustificado no sentido de que a lei não pode “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida”.

A capacidade contributiva direciona a tributação com base no fato presuntivo de riqueza como limite condicional do possível.

A utilização de tributo com a finalidade de confisco é vedada, com o escopo de impor obstáculo à assimilação de parte vultosa da propriedade privada.

O sigilo fiscal reconhece a inviolabilidade da vida privada e da intimidade da pessoa, uma vez que a Administração Pública está impedida de divulgar informações a que tenha acesso em razão de ofício.

O tributo não pode restringir o exercício da liberdade de tráfego de pessoas e bens.

A transparência dos tributos abriga o direito dos consumidores de acesso a informações constantes em documentos fiscais sobre a totalidade de tributos incidentes na determinação do valor de venda.

O tratamento fiscal simplificado, diferenciado e favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte é aplicado em razão do notório reduzido potencial competitivo de mercado, sendo um instrumento de estímulo à livre-iniciativa da atividade econômica.

A imunidade trata da não incidência tributária qualificada que tem como componente principal valores sociais positivados.

No contexto de um sistema jurídico de imperfeições axiológicas dos princípios elementares, emergem o dinamismo e a fluidez de fenômenos sociais e diversidade dos fatos da vida que impressionam os sentidos distinguidos por propriedades específicas. Tais circunstâncias afetam a estática e transitoriedade do ordenamento, inspirando-o ao ânimo progressista, ao aperfeiçoamento dos critérios dogmáticos e à paulatina assimilação destas potências infracionais para depuração irradiante que se prolonga no tempo, contribuindo sobremaneira para a construção de relações fiscais seguras e previsíveis.

### Referências

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Kindle.
- BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel. **Direito tributário brasileiro: ctn comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Kindle.
- BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Kindle.
- BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.
- BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2557, de 2011. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524272>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Artigos 1º e 6º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D70235Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235Compilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Artigo 34. "O exercício financeiro coincidirá com o ano civil." **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Denominado Código Tributário Nacional. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Artigos 12, 13 e 14. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9532compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532compilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. 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: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Ministério da Economia**. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Simples Nacional. Disponível em: <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Presidência da República**. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em: Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex)**. Acordo sobre Tarifas de Comércio 1947 (GATT). Disponível em: [http://siscomex.gov.br/wp-content/uploads/2021/05/OMC\\_GATT47.pdf](http://siscomex.gov.br/wp-content/uploads/2021/05/OMC_GATT47.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex)**. Desoneração Tributária das Exportações. Publicação em 27 de abril de 2021. Modificação em 11 de novembro de

2021 Disponível em: <http://siscomex.gov.br/aprendendo-a-exportar/conhecendo-temas-importantes/outras-temas/desoneracao-tributaria-das-exportacoes/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 326810/DF. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção. Julgamento em 25 de agosto de 2004. Publicação em 04 de outubro de 2004. "4. Isto porque o princípio da anterioridade da lei tributária aplica-se às normas em sentido amplo, incluindo as instruções normativas, que são normas complementares à legislação tributária, a teor do que preceitua o artigo 100, I, do CTN." Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200301192121&dt\\_publicacao=04/10/2004](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301192121&dt_publicacao=04/10/2004). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 647518/SP. Ministro Relator: Humberto Martins, Segunda Turma. Julgamento em 15 de outubro de 2008. Publicação em 05 de novembro de 2008. "O art. 106, II, c, do CTN, que dispõe que a lei mais benéfica ao contribuinte aplica-se a ato ou fato pretérito, desde que não tenha sido definitivamente julgado, aplica-se, tão-somente, para penalidades." Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200400389741&dt\\_publicacao=05/11/2008](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400389741&dt_publicacao=05/11/2008). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial Repetitivo nº 1134665/SP. Ministro Relator: Luiz Fux. Primeira Seção. Julgamento em 25 de novembro de 2009. Publicação em 18 de dezembro de 2009. "1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN." Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200900670344&dt\\_publicacao=18/12/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900670344&dt_publicacao=18/12/2009). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 922984/SP. Ministro Relator: Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgamento em 09 de setembro de 2008. Publicação em 11 de março de 2009. "A posterior alteração do valor da multa aplicada à cobrança de tributos, mais benéfica ao contribuinte, deve retroagir. Aplicação do art. 106, II, 'c', do CTN. Precedentes do STJ." Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200700234572&dt\\_publicacao=11/03/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700234572&dt_publicacao=11/03/2009). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1429656/PR. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgamento em 11 de fevereiro de 2014. Publicação em 18 de fevereiro de 2014. "3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de *bis in idem*, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora." Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201400069715&dt\\_publicacao=18/02/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400069715&dt_publicacao=18/02/2014). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência. Súmulas. Enunciados. Súmula 612. Aprovação em 09 de maio de 2018. Publicação em 14 de maio de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 545. Aprovada em 03 de dezembro de 1969. Publicada em 12 de dezembro de 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula545/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 86005/SP. Ministro Relator: Firmino Paz, Segunda Turma. Julgamento em 30 de março de 1982. Publicação em 30 de abril de 1982. "**Dizer-se, no acórdão recorrido extraordinariamente, que, no artigo 106, II, c, do Código Tributário Nacional, admite-se a retroatividade da lei mais benigna, não é negar vigência de lei federal. [...] A lei incide, realmente, sobre facto pretérito, aqui e agora, no espaço e no tempo; nunca, no passado.**" Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur77719/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautela na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 605/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 23 de outubro de 1991. Publicação em 05 de março de 1993. "**Na**



**medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo.”** Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118127/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF. Ministro Relator: Sydney Sanches, Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de dezembro de 1993. Publicação em 18 de março de 1994. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118470/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1296/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 14 de junho de 1995. Publicação em 10 de agosto de 1995. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35618/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 22164/SP. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 30 de outubro de 1995. Publicação em 17 de novembro de 1995. “[...] meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade. – [...] constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, [...] os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas [...]”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 04 de setembro de 1997. Publicação em 18 de maio de 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur18417/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2458/AL. Ministro Relator: Ilmar Galvão, Tribunal Pleno. Julgamento em 24 de março de 2003. Publicação em 16 de maio de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15090/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2548/PR. Ministro Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento em 10 de novembro de 2006. Publicação em 15 de junho de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89693/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. Julgamento em 03 de maio de 2007. Publicação em 22 de junho de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89658/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 411781/PR. Ministro Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma. Julgamento em 23 de outubro de 2007. Publicação em 30 de dezembro de 2007. "2. Tributário. Sistema 'Simples'. Art. 9º da Lei 9.317/96. Ofensa ao princípio da isonomia. Inocorrência." Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur4948/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 377457/PR. Ministro Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento em 17 de setembro de 2008. Publicação em 19 de dezembro de 2008. "**3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes.**" Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur1366/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 259976/RS. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Julgamento em 23 de março de 2010. Publicação em 30 de abril de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur176347/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 564413/SC. Ministro Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento em 12 de agosto de 2010. Publicação em 06 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur185822/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 543943/PR. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 30 de

novembro de 2010. Publicação em 15 de fevereiro de 2011. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur187553/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4033/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de setembro de 2010. Publicação em 07 de fevereiro de 2011. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur187195/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 483251/PR. Ministro Relator: Dias Toffoli. Decisão Monocrática. Julgamento em 28 de março de 2011. Publicação em 06 de abril de 2011. “Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho197937/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 587008/SP Ministro Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Julgamento em 02 de fevereiro de 2011. Publicação em 06 de maio de 2011. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur191758/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 405579/PR. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de dezembro de 2010. Publicação em 04 de agosto de 2011. “Sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia tributária, não pode o Poder Judiciário estender benefício fiscal sem que haja previsão legal específica. No caso em exame, a eventual conclusão pela inconstitucionalidade do critério que se entende indevidamente restritivo conduziria à inaplicabilidade integral do benefício fiscal. A extensão do benefício àqueles que não foram expressamente contemplados não poderia ser utilizada para restaurar a igualdade de condições tida por desequilibrada”. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur195206/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1247/PA. Ministro Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de junho de 2011. Publicação em 17 de agosto de 2011. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur196239/false>. Acesso em: Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554/MG. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 16 de

agosto de 2011. Publicação em 26 de novembro de 2011. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4661/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento em 20 de outubro de 2011. Publicação em 23 de março de 2012. **“A majoração da alíquota do IPI, passível de ocorrer mediante ato do Poder Executivo – artigo 153, § 1º –, submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal.”** Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206303/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral com Agravo nº 643686/BA. Ministro Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Julgamento em 11 de abril de 2013. Publicação em 06 de maio de 2013. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral4781/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de junho de 2012. Publicação em 20 de setembro de 2012. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214791/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4705/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Julgamento em 23 de fevereiro de 2012. Publicação em 19 de junho de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210799/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 562351/RS. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma. Julgamento em 04 de setembro de 2012. Publicação em 14 de dezembro de 2012. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur221689/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 636941/RS. Ministro Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de fevereiro de 2014. Publicação em 04 de abril de 2014. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur260001/false>. Acesso em: Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 800/RS. Ministro Relator: Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Julgamento em 11 de junho de 2014. Publicação em 01 de julho de 2014. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur269184/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 407190/RS. Ministro Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 27 de outubro de 2014. Publicação em 13 de maio de 2005. "Tributo - Regência - Artigo 146, Inciso III, da Constituição Federal - Natureza. O princípio revelado no inciso III do artigo 146 da Constituição Federal há de ser considerado em face da natureza exemplificativa do texto, na referência a certas matérias. Multa - Tributo - Disciplina. Cumpre à legislação complementar dispor sobre os parâmetros da aplicação da multa, tal como ocorre no artigo 106 do Código Tributário Nacional." Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur11542/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 627543/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Julgamento em 30 de outubro de 2013. Publicação em 29 de outubro de 2014. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282017/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 831377/MG. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 16 de dezembro de 2014. Publicação em 06 de fevereiro de 2015. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur291300/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação nº 4335/AC. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 20 de março de 2014. Publicação em 22 de outubro de 2014. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Constitucionalidade nº 800/RS. Ministro Relator: Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgamento em 11 de junho de 2014. Publicação em 01 de julho de 2014. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur269184/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 727872/RS. Ministro Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgamento em 28 de abril

de 2015. Publicação em 18 de maio de 2015. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur304805/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência. Súmulas Vinculantes. Súmula Vinculante 50. Aprovação em 17 de junho de 2015. Publicação 23 de junho de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula810/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência. Súmulas Vinculantes. Súmula Vinculante 52. Aprovação em 18 de junho de 2015. Publicação em 23 de junho de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula811/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 601314/SP. Ministro Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgamento em 24 de fevereiro de 2016. Publicação em 16 de setembro de 2016. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur356216/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 640905/SP. Ministro Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de dezembro de 2016. Publicação em 01 de fevereiro de 2018. "A isonomia sob o ângulo da desigualação reclama correlação lógica entre o fator de *discrimen* e a desequiparação procedida que justifique os interesses protegidos na Constituição". Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379423/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo nº 766618/SP. Ministro Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento em 25 de maio de 2017. Publicação em 13 de novembro de 2017. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377088/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 831381/PR. Ministro Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgamento em 09 de março de 2018. Publicação em 21 de março de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur382292/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1040084/RS. Ministro Relator: Alexandre de Moraes, Primeira Turma. Julgamento em 29

de maio de 2018. Publicação em 18 de junho de 2018. “[...] imperativa a **observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo**”. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386787/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5733/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. Julgamento em 20 de setembro de 2019. Publicação em 03 de outubro de 2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur412248/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 759244/SP Ministro Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgamento em 12 de fevereiro de 2020. Publicação em 25 de março de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur421106/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo na Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 08 de abril de 2020. Publicação em 15 de abril de 2020. “[...] o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais”. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência. Súmulas Vinculantes. Súmula Vinculante 57. Aprovação em 15 de abril de 2020. Publicação em 24 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula816/false>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARRAZZA, Roque Antônio. at al. **Direito tributário olhar crítico na estrutura tributária brasileira**. São Paulo: Claris. 2016a. Kindle.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021b.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional. teoria do estado e da constituição. direito constitucional positivo**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Kindle.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Kindle.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito tributário direito financeiro, direito orçamentário e lei de responsabilidade fiscal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 16 v. (Sinopses Jurídicas). Kindle.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário constituição e código tributário nacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Kindle.

DE SANTI, Eurico Marcos. **Lançamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010. Kindle.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Teoria constitucional esquematizada em quadros**. Brasília: Alumnus, 2015. Kindle.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Kindle.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 2 v.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito teoria geral do direito. didática diferenciada**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1 v. (Sinopses Jurídicas). Kindle.



GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 7 v. (Sinopses Jurídicas). Kindle.

GONÇALVES, Antonieta Caetano. **Análise dos efeitos financeiros dos reiterados programas de refinanciamentos de débitos tributários federais sob o enfoque do princípio da eficiência**. Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, 2018. Disponível em: [https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/608/antonieta\\_goncalves\\_mes\\_dir\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/608/antonieta_goncalves_mes_dir_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 11 nov. 2021.

GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação uma visão funcional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LEMOS, Bruno Espineira. **Recursos especiais repetitivos**. Curitiba: IBAP e Letra da Lei, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011a.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016b.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Livro Eletrônico. Kindle.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle.

MURTA, Antônio Carlos Diniz. **Responsabilidade tributária dos sócios: sociedades por quota de responsabilidade limitada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MUZZI FILHO, Carlos Victor; GONÇALVES, Antonieta Caetano; QUADROS, Aparecida Dutra de Barros. O princípio da (in)eficiência no controle dos reiterados programas de refinanciamentos de débitos tributários federais ("refis"). **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 2: 357-374, jun./dez. 2018. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/c6a929bc49feb0b933ea7971e441a8eb.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

PAULSEN, Leandro. **Responsabilidade e substituição tributárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Kindle.

PAULSEN, Leandro.. **Curso de direito tributário completo**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2020b. Kindle.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário essencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Kindle.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes. **Recursos especiais repetitivos no stj**. São Paulo: Método e Gen, 2009.

SHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Kindle.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Salib Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Kindle.

SCANDIUZZI, Ariadne Yurkin. **O tributo como preço da liberdade no sistema constitucional brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Cândido Mendes, Direito Empresarial e Tributação, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037664.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar. 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999b. v. 3.

VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIEIRA; Jair Lot; HASEGAWA, Alexandre. **Dicionário latim-português**. São Paulo: Edipro, 2020. Kindle.

## **O PAPEL DA FUNAI NA REGULAMENTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: UM ENSAIO SOBRE A ENTRADA DE ENTIDADES RELIGIOSAS.**

**VITÓRIA LARISSA DANTAS DE MORAIS:**  
Mestre em Direito Constitucional pela UFERSA.  
Advogada licenciada.

**RESUMO:** A Fundação Nacional do Índio é responsável por proteger os direitos dos indígenas brasileiros, proporcionando uma convivência harmoniosa com as garantias constitucionais por meio do exercício do poder regulador e fiscalizatório. Ocorre que, no que diz respeito à regulamentação da entrada de organizações religiosas, a FUNAI ainda apresenta diversas falhas. O presente ensaio busca apresentar o choque de direitos fundamentais entre aqueles que defendem a livre entrada e a entrada com restrições por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, de forma a concluir pela necessidade de que sejam estabelecidas normativas que assegurem de forma eficaz o direito à autodeterminação desses povos.

**Palavras-chave:** Indígena; autodeterminação; terras indígenas; organizações religiosas.

### **1 INTRODUÇÃO**

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), principal órgão indigenista brasileiro, foi criada em 5 de dezembro de 1967, por meio da Lei nº 5.371 e tem como objetivo fundamental a promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas no Brasil. É atribuição da FUNAI delimitar, demarcar, monitorar e fiscalizar as terras indígenas, de forma a evitar abusos e violações às garantias legalmente constituídas.

Dentre as atribuições da FUNAI, vale mencionar a fiscalização e a regulamentação da entrada em terras indígenas. Mesmo diante da previsão da autodeterminação dos povos indígenas na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), posteriormente incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004 e consolidada pelo Decreto nº 10.088/2019, o Estado brasileiro, por meio de normativas elaboradas pela FUNAI, restringe o contato com povos indígenas em determinadas circunstâncias, seja para preservar-lhes a vida, os costumes ou até mesmo em respeito às decisões de grupos que assim se manifestarem. É o exemplo das comunidades isoladas, as quais não se permite o contato, nem mesmo por funcionários do órgão indigenista. Mas as restrições não se limitam àqueles isolados: muitas delas são extensíveis aos demais povos, tenham ou não contato com os não-indígenas.

Um exemplo da aplicação desse tipo de fiscalização é a restrição de entrada de cientistas, a qual deve ser acompanhada pelo referido órgão indigenista. Em consulta ao *site* oficial da FUNAI, há a apresentação de diversos requisitos para entrada de pesquisadores em terras indígenas, como uma carta de apresentação do orientador, comprovação de vínculo formal, cópia do projeto de pesquisa, cópia de documentos de identificação, atestado médico que comprove a inexistência de moléstias

infecção contagiosa, além de autorização publicada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

Em sentido contrário, não há nenhuma normativa que discipline a entrada de representantes religiosos que desejem desempenhar atividades desse cunho em áreas indígenas.

Este ensaio tem como objetivo realizar uma crítica ao principal órgão indigenista brasileiro, o qual apresenta lacunas em sua atividade fiscalizatória, passando a apresentar a atual problemática envolvendo a entrada de organizações religiosas em terras indígenas, de forma a apontar a conclusão de que há uma patente necessidade de se estabelecer normativas que disciplinem a matéria.

## **2 A PROBLEMÁTICA**

Buscando investigar a existência de normas internas, foram enviados cerca de 50 *e-mails* para diversas Coordenações Regionais da FUNAI de todo o Brasil, dentre elas as Coordenações do Alto Purus, do Alto Solimões, do Amapá e Norte do Pará, do Araguaia Tocantins, do Baixo São Francisco, do Baixo Tocantins, do Cacoal, de Campo Grande, do Centro Leste do Pará, de Cuiabá, de Dourados, de Guajará-Mirim, de Guarapuava, do Interior Sul, do Ju-Paraná, de João Pessoa, de Juruá, do Kayapó Sul do Pará, do Litoral Sudeste, do Litoral Sul, de Madeira, de Manaus, do Maranhão, do Médio Purus, de Minas Gerais e Espírito Santo, do Nordeste I e II, do Noroeste do Mato Grosso, do Norte do Mato Grosso, de Passo Fundo, de Ponta Porã, de Ribeirão Cascalheira, do Rio Negro, de Roraima, do Sul da Bahia, de Tapajós, do Vale do Javari, do Xavante e do Xingu.

Os *e-mails* enviados faziam o seguinte questionamento: existe algum termo de parceria, ajuste de conduta, contrato ou qualquer outro instrumento de controle e fiscalização da atuação de organizações religiosas em comunidades indígenas realizados pela FUNAI?

Em resposta, nenhuma coordenação regional soube informar se há ou não procedimentos específicos a serem seguidos. A maioria das respostas consistiam na orientação de contatar a Presidência da FUNAI, a qual seria responsável pelo setor de acompanhamento de pesquisas. Em contato com a Presidência, bem como pelo Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão (e-SIC), atual "Fala Brasil", as respostas foram no sentido da ausência de quaisquer procedimentos destinados ao acompanhamento à fiscalização ou instrução para a entrada e a permanência de organizações religiosas.

Uma das respostas enviadas pela Fundação Nacional do Índio tratou sobre a Instrução Normativa (IN) nº 2, de 8 de abril de 1994, de autoria do então Presidente da FUNAI, Dinarte Nobre de Madeiro. A Instrução foi responsável por estabelecer alguns parâmetros para a atuação das missões e das instituições religiosas em área indígena e tinha o objetivo de promover a manutenção e a preservação das formas de organização social e cultura. Além disso, ela tomava como base a livre manifestação de vontade dessas sociedades, assim como a proteção das ideologias nativas, mitos, cosmologia, crenças e

religião. Estabeleceu, ainda, o dever de o órgão indigenista oficial proporcionar um espaço democrático às sociedades indígenas.

Todavia, a própria FUNAI informou que a IN nº 2 não estaria mais produzindo efeitos, já que a atuação das instituições religiosas em terras indígenas deveria ser regulamentada pelo Estado, já que consistiria, na verdade, em uma ajuda humanitária, especialmente nas áreas da saúde e da educação. Esclareceu, por fim, que esse procedimento teria sido extinto em razão da transferência das mencionadas atribuições ao Ministério da Saúde e da Educação, respectivamente.

Nota-se que, até pouco tempo atrás, atividades assistenciais ligadas às áreas da saúde e da educação ainda eram entendidas como parte das funções da igreja cristã no Brasil, tendo sido, inclusive, normatizadas. Apesar disso, a mencionada IN foi, até hoje, uma das únicas tentativas de se regulamentar a presença religiosa nas comunidades indígenas, mas que nunca foi efetivamente aplicada. Percebe-se, nessa oportunidade, uma preocupação com a manutenção de costumes e com a reavaliação das decisões das próprias comunidades envolvidas. Essa preocupação, aparentemente, não prevaleceu.

Quanto à possibilidade de atividades proselitistas, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou no sentido da legalidade no julgamento de Recurso em Habeas Corpus nº 134682/BA, no qual definiu o proselitismo religioso como os esforços empreendidos para convencer outras pessoas a se converterem a determinada religião. Dessa forma, a prática proselitista é considerada como inerente ao próprio exercício do direito à religião, sendo uma das formas para o seu exercício a externalização da crença.

O voto do Relator Edson Fachin iniciou ponderando que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu a liberdade de consciência e de religião ao proteger o direito de todos a conservar sua religião, bem como mudar suas crenças. No mesmo artigo, afirmou, também ter sido garantida a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças de maneira pública ou privada (BRASIL, 2018).

Defendeu que a liberdade religiosa vai muito além da liberdade de crença. Seu núcleo também abrangeria a liberdade de conduta religiosa, ou seja, a liberdade religiosa estaria apta a proteger também as ações diretamente relacionadas à espiritualidade, como a evangelização. Por isso, defendeu que o proselitismo<sup>35</sup> é típico de religiões universalistas, pois a busca pelo maior número de fiéis será sempre um de seus maiores objetivos. Citou como forte exemplo a religião cristã, que estabelece como missão, em diversas passagens da bíblia, espalhar a palavra do Evangelho pelo mundo. Dessa forma, a liberdade religiosa seria responsável também por proteger manifestações de pensamento

literal, concluindo pela regularidade das ações evangelizadores ou proselitistas (BRASIL, 2018).

Segundo a interpretação de Fachin, proibir o proselitismo seria ignorar uma das principais bandeiras levantadas pelas religiões universalistas, configurando verdadeira violação às liberdades individuais desses fiéis. Essa ideia também foi defendida por Tavares (2016) ao explicar o direito fundamental ao discurso religioso como uma decorrência lógica nas religiões universalistas.

Ainda que a Corte não tenha analisado um caso especificamente voltado para a evangelização indígena, o acórdão em comento trouxe uma valiosa conclusão para o tema tratado na presente dissertação. Isso porque passou a analisar a evangelização segundo parâmetros jurídicos, transparecendo haver uma forte inclinação do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de limitar as atividades evangelizadoras em razão das proteções conferidas à liberdade religiosa, a qual, segundo entendimento esposado, abrange também as condutas comissivas provenientes da fé.

Em resumo, o posicionamento do STF transparece uma conduta negativa do Estado frente às liberdades individuais, característica clássica da relação entre poder público e direitos fundamentais de primeira geração. No voto do ministro Dias Toffoli, por exemplo, há menção de que não se poderia limitar a liberdade religiosa de alguns, pois estaria plenamente garantido o direito do destinatário à autodeterminação.

Teria sido mais prudente se a Corte tivesse estabelecido, mesmo que de forma superficial, a limitação das práticas evangelizadoras face aos direitos culturais, evitando o surgimento de interpretações de que às organizações religiosas não se pode impor restrições ao desenvolvimento regular das atividades evangelizadoras. Houve um pouco dessa intenção no voto do ministro Dias Toffoli, quando mencionou o contexto histórico em que se insere o indígena brasileiro e a necessidade de se abordar a liberdade religiosa levando em consideração as peculiaridades de cada povo. Também é possível vislumbrar uma breve introdução à temática no voto do ministro Gilmar Mendes ao mencionar a necessidade de proteção a crenças vulnerabilizadas. Ainda assim, o acórdão não menciona essas possibilidades, dando ênfase à impossibilidade de limitar práticas evangelizadoras.

Outra crítica que pode ser feita ao acórdão analisado é que ele só faz referência à aplicação de limites à evangelização quando essa atividade extrapole a esfera da licitude, como ocorreu no caso concreto em que o réu acabou por ofender gravemente outras religiões. A questão é que as atividades evangelizadoras, mesmo que exercidas de forma regular e sem ofensas diretas e explícitas a outras crenças, também podem atingir de forma negativa a cultura de outros povos. Por isso, o acórdão do STF acabou por deixar uma

lacuna ao não abordar os limites passíveis de aplicação ainda quando a evangelização, como forma de expressão das religiões universalistas, não ultrapassar a barreira da licitude. A prática regular da busca por conversão de fiéis também pode ter caráter nocivo a outras culturas se praticada sem parâmetros ou limites, especialmente em relação aos povos indígenas, que já demonstram certa vulnerabilidade cultural e, sobretudo, religiosa desde o Brasil colonial.

Ressalte-se, ainda, que a principal crítica a ser desenvolvida neste ensaio refere-se à completa ausência de regulamentação da entrada desse tipo de instituição enquanto, em relação a outros tipos de entrada como a de cientistas, há diversos requisitos e efetiva fiscalização. No entanto, a crítica se estende às decisões judiciais que apreciam, mesmo que indiretamente, a atuação evangelizadora.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1991, cerca de 64,3% da população indígena se autodeclarava católica, enquanto o percentual de autodeclarados evangélicos era de 13,6%. Já as religiões tradicionais indígenas representavam somente 2,5%. Em 2010, observou-se uma diminuição no percentual de autodeclarados católicos, cerca de 50,7% da população indígena. Observou-se, ainda, um aumento no percentual dos adeptos às religiões tradicionais, que totalizaram 5,3%. O maior crescimento, todavia, deu-se no percentual dos autodeclarados evangélicos, que alcançou o total de 25,5% (ALVEZ; CAVENAGHI; BARROS; CARVALHO, 2017).

A partir dessa análise, é possível constatar uma grande diferença entre os percentuais de convertidos à fé cristã em relação aos indígenas adeptos às religiões tradicionais. Esses números tão destoantes são reflexo do próprio ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, como dito anteriormente, não existem normativas que disciplinem a entrada ou permanência de organizações religiosas em terras indígenas.

Um dos fatores que vem sendo apontado como influenciador na mencionada transição é a atuação das missões. É que a presença do cristianismo nas comunidades indígenas não ficou no passado. Atualmente, existem várias organizações cadastradas na Fundação Nacional do Índio que desempenham atividades em terras indígenas, como a Associação de Missões Transculturais Brasileiras – AMTB, representante de 47 agências missionárias, dentre as quais 14 atuam entre povos indígenas no Brasil (ANAJURE, 2013).

A história recente demonstra uma presença determinante das instituições religiosas em comunidades indígenas e, não obstante haja diferenças marcantes em relação ao que ocorria no Brasil colonial, constata-se a existência de resquícios daquele período, mesmo vigendo uma Constituição que zela pelos direitos indígenas, a qual destinou um capítulo exclusivo para tratar sobre essa questão.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987/1988, inclusive, as manifestações de representantes indígenas e constituintes não índios ressaltaram, de maneira recorrente, a necessidade de se conferir uma maior proteção à manutenção dos elementos culturais dos povos indígenas. Não a toa, o texto Constitucional inaugurou um capítulo específico inteiramente destinado aos indígenas, destacando, logo de início, o reconhecimento da organização social, costumes, crenças e tradições e atribuindo à União a responsabilidade de fazer respeitar tais direitos (BRASIL, 1988).

Estudiosos como Alvez (2017) sustentam que as organizações religiosas são nocivas aos povos indígenas, pois buscam estabelecer uma relação de subordinação econômica, sociopolítica e ideológica, de forma a gerar uma espécie de consciência coletiva pela qual se entenda que os missionários são os únicos capazes de garantir direitos àquele povo diante da ineficácia estatal.

Aduz, ainda, que o assistencialismo promovido pelas missões é atuação fundamental para a aceitação das religiões apresentadas, sendo que parte das comunidades já passou a associar o acesso às práticas assistencialistas à conversão religiosa (ALVEZ; CAVENAGHI; BARROS; CARVALHO, 2017).

As organizações religiosas, por sua vez, ressaltam o trabalho social e os bons resultados trazidos pelo engajamento junto às comunidades indígenas, defendendo que esses povos também têm poder de escolha em virtude da garantia de autodeterminação e da própria liberdade religiosa. Além disso, defendem o direito à liberdade de expressão das organizações cristãs, que não podem ser impedidas de expressar sua fé.

A questão discutida, no entanto, ultrapassa o simples binômio da conversão *versus* resistência. De um lado, direitos fundamentais associados às liberdades religiosa, de culto e de expressão embasam a atuação das missões, que, associadas ao preceito de autodeterminação dos povos indígenas e aos benefícios de suas atuações assistencialistas, ganham apoio e suporte de diversos segmentos da sociedade, inclusive de certas comunidades indígenas.

Em compensação, há contraposição de outros direitos fundamentais. Dentre eles, a proteção aos direitos culturais, que abrangem não só a manifestação religiosa, mas também a manutenção e a garantia de perpetuação de seu patrimônio histórico para as próximas gerações. Além disso, indaga-se se nesse contexto de insuficiência de políticas públicas seria possível falar em autodeterminação, autonomia e livre poder de escolha.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Da problemática apresentada, conclui-se que, atualmente, não há normativas específicas para a entrada de organizações religiosas e missionários em terras indígenas como há, por exemplo, para cientistas e pesquisadores. Somado a esse fator estão os altos percentuais de adeptos às religiões católica e protestante entre os indígenas, conforme demonstra pesquisa realizada pelo IBGE entre os anos de 1991 a 2010.



É possível concluir, portanto, que a atividade desempenhada pela FUNAI ainda apresenta falhas, especialmente no que diz respeito à regulamentação da entrada de organizações religiosas. É que, apesar de haver incontestável direito à autodeterminação, a missão do órgão indigenista é proporcionar o efetivo exercício dessa garantia, o que poderia ser feito por meio da fixação de critérios para a entrada e a permanência de membros religiosos, especialmente considerando que a religião é elemento indispensável para a perpetuação da cultura indígena.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALVEZ, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta; BARROS, Luiz Felipe Walter; CARVALHO, Angelita Alves de Carvalho. **Cambios en el perfil religioso de la población indígena del Brasil entre 1991 y 2010**. 02 jan 2017. Disponível em: <<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/41968>>. Acesso em: mar 2019

ANAJURE. **Nota pública sobre a atuação das agências evangélicas de missões transculturais em terras indígenas**. 12 dez 2013. Disponível em: <<http://www.anajure.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Nota.pdf>>. Acesso em: mar 2019

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 02 jul 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566 do Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 16 de maio de 2018. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216>>. Acesso em: 17 mai. 2020

TAVARES, André Ramos. **O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização**. 2009. Disponível em: <[http://www.cjlp.org/direito\\_fundamental\\_discurso\\_religioso.html](http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html)>. Acesso em: 31 jan 2020

## A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SETOR PÚBLICO

**BIANCA CARLA DA SILVA:**  
Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul  
(UNIFUNEC)

PAULO RICARDO SANTANA  
  
(orientador)

**RESUMO:** O Estado, completamente cheio de litígios para dispor uma solução, que pelos princípios gerais do direito deveria ser célere, fica impossível cumprir tantas demandas com agilidade. Por este motivo, é necessário a propagação de outras formas de solução de conflitos jurídicos, aqueles menos utilizados, tanto pelas pessoas, quanto pelos operadores do direito. Os métodos aplicados para a realização do trabalho foram fundamentados em pesquisas realizadas através do Código de Processo Civil, onde serão selecionados artigos publicados nos últimos dez anos, referentes à autocomposição e formas de resolução de conflito no setor público. Esta monografia tem a intenção de difundir fatores referenciais de natureza bibliográfica qualitativa e descritiva de autores e teóricos na elaboração de metodologias que auxiliem a compreensão de artigos científicos, trabalhos acadêmicos e livros sobre processo civil e resolução de conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** AUTOCOMPOSIÇÃO. JUDICIÁRIO. SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

**ABSTRACT:** The State, completely full of litigation for not complying with a solution, which by the general principles of law should be clear, cannot fulfill the requirements with agility. For this reason, it is necessary to propagate other forms of solving legal conflicts, those less used, both by people and by legal operators. The methods applied to carry out the work were carried out in research carried out through the Code of Civil Procedure, in order to select articles published in the last ten years, referring to self-composition and forms of conflict resolution in the public sector. This monograph spread referential factors of qualitative and descriptive references Bibliographic authors and theorists in the elaboration of methodologies that aid articles in understanding of scientific, scientific works and research processes and books on conflict resolution of nature.

**Keywords:** Self-composition. judicial. Conflict resolut

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Métodos alternativos na solução de conflitos. 2.1 Conflitos na sociedade. 2.2 Arbitragem. 2.3 Conciliação. 2.4 Mediação. 2.4.1 Mediação e conciliação sob

ótica do novo código de Processo Civil. 3 Princípios que regem a administração pública. 3.1.1 Princípio da legalidade. 3.2 Princípio da impessoalidade. 3.2.1 Princípio da moralidade. 3.2.2 Princípio da publicidade. 3.3 Princípio da eficiência. 3.3.1 Princípio da continuidade do serviço público. 3.3.2 Princípio da Indisponibilidade do interesse público. 3.4 Princípio da supremacia do interesse público. 4 Crise da litigiosidade brasileira frente aos litígios envolvendo a administração pública. 4.1 Adesão da arbitragem pela administração pública e garantia do interesse público. 4.2 Alteração feita pela Lei 13.129/2015. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional não é a única forma de solução de conflitos, sendo esta a última via de conciliação social, devendo ser recorrida quando extremamente necessário. Os trâmites não jurisdicionais de solução de conflitos são chamados meios alternativos de pacificação social e, ao contrário da jurisdição, não são providos de definitividade. Porém, são meios dotados de baixo custo e rapidez, além de desafogar o judiciário e garantir efetividade e eficiência.

A atualidade demonstra-se com uma grande insatisfação social quando o assunto é o judiciário. Visto que a grande demanda processual ocasiona como consequência um atraso indevido da solução dos litígios e com isso a inobservância de direitos.

Por meio deste projeto, observar-se-à a origem dos métodos alternativos que ocasionam solução consensual. E entenderá como esses métodos foram se aprimorando até o surgimento destes realmente eficazes para a pacificação de litígios, visualizando de qual maneira o judiciário os utilizará como alternativa.

Meios alternativos elencados no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) determina em seu art. 3º, que o Estado deverá priorizar a solução consensual de conflitos, devendo a solução alternativa ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Assim, destacando os métodos alternativos de resolução de conflitos, como a Arbitragem, a Conciliação, a Mediação.

A crise que assola o poder judiciário se ocasiona pela lentidão da justiça, deste modo atingindo a Administração Pública, que tem envidado esforços para se reestruturar de forma mais dinâmica para que os retornos rápidos que são garantidos através destes meios, garantam confiança e eficiência da coisa pública.

O presente estudo busca analisar a possibilidade da autocomposição para solução de litígios e qual a contribuição de solução consensual de conflitos na eficiência da gestão

pública. Demonstrando de qual forma isso acontece e apresentando os métodos mais eficientes e eficazes utilizados.

## **2 METODOS ALTERNATIVOS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Os conflitos na sociedade acontecem diariamente. Quanto mais complexo é o meio em que vivemos, mais difícil se torna a resolução dos problemas decorrentes do convívio social. Com a evolução da sociedade, nasce a necessidade de uma figura para mediar os conflitos, de

forma imparcial e com poderes concedidos pelo Estado para solucionar as lides. Nesse contexto, está inserido o Poder Judiciário. Atualmente, esse poder estatal não consegue agir rapidamente devido ao número de demandas. Por isso, é cada vez mais promovido o movimento em prol da adoção de técnicas de autocomposição como alternativa para a solução de conflitos. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão acesso à justiça é reconhecida de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. (2002, p. 8).

O processo de evolução é notável quando se analisa o desenvolvimento dos sistemas judiciários que, no século XVIII, eram definidos somente por uma via formal, além de conservar a ideia de que era um direito natural e não precisava da atuação do estado ou de terceiros para que fosse efetivo, assim, o acesso à justiça ocorreria de maneira natural, sem a necessidade de um respaldo estatal ou de um sistema que organizasse esse acesso à justiça. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002).

Métodos de solução de conflitos são aqueles não impostos pelo Poder Judiciário e mediados por um terceiro, com o objetivo de que as partes entrem em um acordo, evitando chegar até o judiciário. Os principais métodos de solução de conflitos são: Negociação, autocomposição, conciliação, mediação e arbitragem. Tais métodos não são executados por decisão do magistrado, mas sim por um documento redigido pela pessoa habilitada, como: Conciliador, negociador, mediador, árbitro ou advogado. Sua matéria é resultado do comum acordo entre as partes, gerando efeitos e determinando obrigações.

A autocomposição é "a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse, é a solução altruísta do litígio" (DIDIER Jr, 2017, p. 187).

Em razão do volume de demandas do Poder Judiciário acerca da Administração Pública, estimula a tendência de empregarem os meios alternativos de solução de conflitos (DI PIETRO, 2018, p. 1147). Acerca do instituto da autocomposição, Didier Jr. (2017, p. 187) ainda leciona:

Autocomposição é gênero, do qual são espécies: a) transação: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) submissão: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses. Quando feita em juízo, a submissão do autor é denominada de renúncia (art. 487, III, "c", CPC); a do réu é designada como reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, "a", CPC). (grifos do autor)

A Lei n.º 13.140/2015 abrange a autocomposição como instrumento para resolver conflitos em que a Administração Pública incorpora como parte interessada, relacionada tanto aos conflitos entre órgãos ou entidades da própria Administração Pública quanto entre pessoas jurídicas de direito público e privado. O escopo, conforme menciona Di Pietro (2018, p. 1160), "não é só o de ajudar as partes chegarem a um acordo, mas também, em determinadas hipóteses, o de dirimir o conflito". É importante ressaltar que esses meios não visam excluir ou fazer com que o sistema judiciário tradicional se torne obsoleto, pois existem conflitos que não podem ser resolvidos de outras formas senão através do sistema judiciário, bem como há casos em que partes envolvidas no conflito devem fazer uso do processo judicial tradicional, existem outros onde a autocomposição seja a forma mais adequada (CALMON, 2015).

A integração desses meios de autocomposição de conflitos é movida em prol de oferecer alternativas que sejam mais rápidas, simples e também democráticas, pois estimulam a participação dos envolvidos do litígio e contribuem para um acesso à justiça capaz de gerar efeitos e resolver os conflitos.

Fazer justiça é proporcionar solução para conflitos e, mais do que isso, proporcionar pacificação social. Nesse contexto, os mecanismos para a obtenção autocomposição civil e penal surgem como instrumentos mais capacitados para garantir a verdadeira pacificação social, ou, em outras palavras, para garantir o acesso à justiça (CALMON, 2015, p. 158).

A participação de todos os sujeitos processuais no decorrer do processo, colaborando entre si, restringe a participação do Poder Judiciário, ocasionando economia processual e garantindo a importância para que haja solução consensual entre as partes,

ajudando o Poder Judiciário na resolução das lides, contribuindo para diminuir o número de processos sob a responsabilidade do Judiciário. (SILVA E SPENGLER, 2013, p. 05).

Com o crescimento da quantidade de demandas requeridas ao poder judiciário, acarreta excessivamente número de processos, o que produz congestionamento, lentidão e morosidade na resolução dos litígios e na obtenção da garantia a que se pretende, impedindo a efetividade do Judiciário:

[...], a nossa jurisdição estatal está mergulhada numa imensa crise em razão do volume de processos, de inúmeros problemas estruturais, lentidão na prestação jurisdicional, descrédito, insatisfação das partes, duelos intermináveis e dificuldades de eficácia das decisões judiciais. (NUNES, 2016, p. 26).

Como forma de contribuir e resolver em tempo razoável os conflitos vem à mediação – política pública – apta de resolver harmonicamente vários tipos de conflitos. No Brasil, o marco da Mediação é a Lei 13.140/2015, e no artigo 1º a possibilidade da utilização da mediação na Administração Pública da seguinte forma “como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

O incentivo à utilização de alternativas jurisdicionais para a solução dos conflitos sociais, também retrata fator capaz a proporcionar o direito fundamental de acesso à justiça, assegurado constitucionalmente. Fato esse que tem gerado reflexo também na legislação pátria, que aumentou a disciplina legal da autocomposição, com foco na possibilidade de soluções extrajudiciais nas lides envolvendo a Administração Pública, com o objetivo de evitar o excesso de judicialização.

Os conflitos devem ser resolvidos buscando à negociação justa, e para isso, a Administração Pública deve estar pautada em proteger a coisa pública sem causar lesão ao direito dos seus administrados, conferindo assim vantagem para ambos. Acerca do direito fundamental a boa administração, Freitas (2014, p.21), destaca que:

Direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Com o objetivo de nutrir a boa administração e os litígios resultantes do poder público sejam devidamente solucionados, de forma rápida e que produzam benefícios mútuos, a Lei 13.140/2015 que determina a mediação, discorre sobre a necessidade da criação de Câmaras de Prevenção e Resolução administrativa dos conflitos, resolvendo adequadamente questões extrajudiciais, sem que sejam dirigidas a juízo.

A Administração Pública tem como escopo conduzir de forma eficaz os recursos estatais objetivando o pleno funcionamento de serviços, das políticas públicas e da própria organização estatal. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

Em sentido formal, é conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços dos próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. (2016, p. 68)

A Constituição Brasileira, 1988, no capítulo VII, versa sobre a Administração Pública, apresentando a organização do Estado por meio das suas finalidades. O mesmo capítulo discorre sobre os princípios que servem de base para o exercício de suas funções: legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade.

## **2.1 Conflitos na sociedade**

O conflito é característico a vida em sociedade, devido as complexas relações que decorrem dela. Carnelutti (2000, p. 60) define o que seria o conflito pela compreensão que as necessidades das pessoas são ilimitadas, mas são limitados os bens e aí começam os conflitos entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade diferente. Dinamarco discorre sobre conflito (2013, p. 121):

Conflito, assim entendido, é a satisfação existente entre duas ou mais pessoas ou grupo, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo – seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial. Essa situação recebe tal denominação porque significa sempre o choque entre dois ou mais sujeitos, como cauda da necessidade do uso do processo.

No mesmo sentido Alvim defende (2018, p. 5):

Como os bens são limitados, ao contrário das necessidades humanas, que são ilimitadas, surge entre os homens, relativamente a determinado bens, choques de forças que caracterizam um conflito de interesse, sendo esses conflitos inevitáveis no meio social.

Já Griover, Cintra e Dinamarco (2003, p. 20) defendem outro sentido do que é o conflito, in verbis:

[...] conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p.ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso).

## 2.2 Arbitragem

A Arbitragem é um método heterocompositivo, no qual a decisão proferida pelo árbitro virará lei entre as partes, mas há de decorrer de acordo comum entre ambas as partes. Pode-se definir a arbitragem como:

Uma técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais elas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros –, quais tem poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destes resultantes de convenção provada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado. (GUILHERME, 2012, p.31).

Tal instrumento foi criado pela Lei 9307/96, constituída por árbitros aptos, são um meio eficaz, célere e seguro para solucionar vários conflitos. Sobre o assunto, leciona Nelson Nery Júnior:

A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem,



previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral. (NERY...2003).

Para poder recorrer à arbitragem, é necessário que os conflitos sejam sobre direitos patrimoniais disponíveis, sejam relacionados a bens que possuem um valor agregado, e só então podem ser negociados.

### **2.3 Conciliação**

Inserido no rol das técnicas de soluções de conflitos, a conciliação é um método usado para solucionar desavenças mais simples, ou restritas, tendo um conciliador ativo, neutro e imparcial a lide. É um método célere, eficaz, econômico, pacífico e justo, na medida em que as próprias partes entram em comum acordo, não havendo perdedor, além do restabelecimento das relações sociais envolvidas no conflito.

Por intermédio da conciliação, questões como crimes praticados contra bens, serviços ou interesses da União, de uma de suas autarquias ou empresas públicas, causas trabalhistas, familiares, reconhecimento de paternidade, divórcio, entre outras, podem ser solucionadas pela conciliação. O momento em que o acordo for executado deve ser levado em conta, pois, frente a isso, a conciliação pode se dar por meio processual, quando o litígio já está consolidado, ou por meio pré-processual – informal -, que ocorre antes da jurisdicionalização do problema.

A conciliação é um processo voluntário e deve se expressamente manifestado pelas partes, ou seja, as partes envolvidas são livres para acordar e tentar resolver a disputa por meio da conciliação. O processo é flexível, permitindo que os litigantes definam sua duração, estrutura e teor. Eles são baseados em interesses, de modo que o conciliador, ao propor um acordo, pode sugerir soluções para o litígio e não levará em conta somente as posições jurídicas das partes, mas também seus interesses comerciais, financeiros e pessoais.

Na audiência de conciliação, as partes envolvidas vão conversar e tentar fechar um acordo, sob orientação do juiz conciliador. Se não houver acordo, será marcada uma nova audiência, chamada de instrução, para ouvir as testemunhas (se houver) e depois, se também não houver acordo, o processo irá para sentença (decisão do juiz).

Caso o autor da ação não compareça na audiência de conciliação, o juiz dará um prazo para que ele justifique a ausência (motivos médicos ou outros que impossibilitaram de estar na audiência) e se o motivo for realmente relevante, o juiz irá marcar outra audiência, senão ele irá arquivar o processo sem julgar o mérito, ou seja, o autor da ação

poderá entrar novamente com outra ação idêntica e será marcada uma outra audiência de conciliação. Se o réu não comparecer e não justificar a ausência com provas de um motivo relevante, o juiz irá lhe aplicar a revelia e confissão, ou seja, é como se ele confessasse tudo o que o autor da ação está dizendo como verdadeiro.

A conciliação e a mediação podem decorrer nos sistemas judiciais e também podem ser empregues de forma anterior ao processo, fase pré-processual, bem como também no decorrer do processo, podendo as partes requerer a conciliação e a mediação durante o processo. A conciliação e a mediação na esfera extrajudicial são impulsionadas pelo exercício da liberdade ou autonomia das partes na resolução do litígio em câmaras privadas de conciliação ou mediação. Conforme leciona Nunes:

De forma pioneira, o Poder Judiciário passou a criar políticas públicas para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, a incentivar programas e ações de incentivo à Autocomposição de litígios, à criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS) e a disseminar uma cultura do diálogo, da pacificação social e a incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas de Autocomposição. (NUNES, 2016, p.35)

No que se refere a conciliação, Petrônio Calmon assim define:

[...] É, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte, [...], e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes. (2015, p.140).

A conciliação ocorre através da figura de um conciliador, pessoa imparcial que auxiliará as partes a pactuar um acordo satisfatório, cooperando ativamente na solução do litígio, podendo também sugerir opções de resolução. O Código de Processo Civil de 2015 separou à mediação e à conciliação uma seção inteira de um capítulo, buscando otimizar essas formas de solução de conflitos.

## 2.4 Mediação

Na mediação, o conflito é conduzido pelo mediador, que não sugere soluções (diferente do conciliador). É um meio viável para que se consiga a conclusão da lide. É escolhido, pois, um terceiro indiferente das partes, não podendo dar sugestões para

finalizar a questão. A mediação é um método autocompositivo, tida como opção diferente da Jurisdição Estatal frequentemente utilizada. Para Vasconcelos (2014, p. 54):

Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

Há muito explorado pela doutrina no que diz respeito à mediação. Christopher W. Moore (1998, p.28) discorre que:

“(...) a mediação é geralmente definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos”

Gabbay, Faleck e Tartuce (2013, p. 45-46) definem a mediação da seguinte forma:

Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. A mediação é o meio consensual que envolve a cooperação voluntária dos participantes. É essencial que eles demonstrem disposição e boa-fé para que possam se comunicar e buscar soluções conjuntamente.

O mediador atuará preferencialmente nas situações em que houver ligação anterior entre as partes, como, por exemplo, nos casos do direito de família e societário. O mediador deve utilizar técnicas específicas de negociação, como o “rapport” e o “brainstorming” com

o objetivo de incentivar a comunicação entre as partes, para que elas cheguem a um acordo, sem qualquer interferência.

#### **2.4.1 Mediação e conciliação sob a ótica do novo Código de Processo Civil**

Segundo o Código, na conciliação, o conciliador, atuará preferencialmente quando não existirem vínculos anteriores entre as partes e está apto a sugerir soluções para o conflito. Já na mediação, o mediador, operará preferencialmente quando houver vínculo anterior entre as partes, os ajudará a compreender as questões e os interesses em conflito, proporcionando que eles através do restabelecimento da comunicação, sugerir suas próprias soluções consensuais. Ambos devem respeitar os determinados princípios:

**Independência:** A operação de mediadores e conciliadores deve acontecer de forma livre e autônoma, sem qualquer subordinação, influência ou pressão com relação às partes;

**Imparcialidade:** A atuação de mediadores e conciliadores deve ser imparcial, seus valores pessoais não podem interferir na operação.

**Autonomia da vontade:** A atuação de mediadores e conciliadores deve respeitar os diferentes pontos de vista das partes, dando-lhes a liberdade para terem suas decisões, voluntárias e não manipuladas, em todo e qualquer momento do processo, sendo-lhes opcional, também a desistência e a interrupção da mediação e da conciliação a qualquer momento;

**Confidencialidade:** Estendendo-se a todas as informações no decorrer do processo, cujo conteúdo não poderá ser utilizado para outro fim senão ao previsto por expressa determinação das partes. O conciliador e o mediador não poderão divulgar ou depor sobre fatos ou elementos decorrentes da conciliação ou da mediação;

**Oralidade:** O processo é oral, e a estrutura de comunicação é aberta e flexível. A preocupação na mediação é a de que as partes entendam as visões e perspectivas opostas as suas, sem que haja necessidade de concordar, e que seus interesses sejam debatidos, para que opções possam ser exploradas sem comprometimento, até que haja um acordo;

**Informalidade:** Se trata de um processo informal, formado pelas próprias partes com auxílio do mediador, onde ambas devem focar mais seus interesses e possíveis soluções para o problema do que em formalmente expor e convencer umas às outras sobre suas opiniões;

Decisão informada: O jurisdicionado deve estar plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto no qual irá atuar.

### **3 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1 Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade define que a Administração Pública só poderá atuar conforme o que está estabelecido na lei todo agir da administração tem que estar pautado na lei. Conceito esse que é oposto se compararmos com o que se aplica ao particular, pois, para o particular o princípio da legalidade determina que todos poderão fazer tudo desde que não proibido por lei. (ARAGÃO, Alexandre Santos, 2013). Tal distinção pode ser compreendida, pois a Administração Pública protege os interesses comuns do coletivo, então, por uma questão de ordem Pública, deve respeitar as leis, estabelecendo a seus agentes o dever de fundamentar seus atos na lei, assim impossibilitando a renúncia ou qualquer tipo de escolha por parte do administrador (MEIRELLES, Hely Lopes. 2012, p.89-90). Fernanda Marinela ensina discorre acerca do cumprimento deste princípio:

Entretanto, é necessário grifar que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, o juízo de valor da autoridade e a sua liberdade. Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal e, como consequência, cumprir o princípio da legalidade (MARINELA, 2015, p. 66-67).

Quando a constituição se refere à legalidade, não está somente referindo-se a lei somente, mas de uma forma ampla, abarcando também os princípios do direito conceituados em nosso ordenamento jurídico, como leciona ALEXANDRINO:

Observe-se ainda que, em sua atuação a administração esta obrigada à observância não apenas nos dispostos na lei, nos diplomas legais propriamente ditos, mas também à observância dos princípios jurídicos e do ordenamento jurídico como um todo (“atuação confirme a lei e o Direito”, na feliz redação do inciso I do paragrafo único do art. 2º da lei 9.784/1999). Ademais, a administração está sujeita a seus próprios atos normativos, expedidos para assegurar o fiel cumprimento das leis, nos termos do art. 84, inciso IV, da

Constituição. Assim, na prática de um ato individual, o agente público está obrigado a observar não só a lei e os princípios jurídicos, mas também os decretos, as portarias, as instruções normativas, os pareceres normativos, em suma, os atos administrativos gerais que sejam pertinentes aquela situação concreta com que ele se depara (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p.194).

Cabe aos operadores do direito ao observarem o princípio da legalidade sob a Administração Pública, estudarem os princípios, costumes, jurisprudência e a doutrina, concebendo um bloco de legalidade expressão criada inicialmente por Maurice Hauriou, que permite uma análise sistêmica sobre a legalidade do ato da Administração Pública. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende 2013).

### **3.2 Princípio da impessoalidade**

A impessoalidade é um princípio que possui uma dupla possibilidade de interpretação, uma em relação aos administrados e outra em relação à própria Administração. No primeiro caso, observando a finalidade pública, não é aceitável um comportamento através do qual se busque o prejuízo ou privilégio de outra pessoa, a Administração deve tratar os casos parecidos da mesma forma, sem fazer distinção entre os particulares. Já no segundo caso, cotraem-se os atos administrativos ao órgão ou entidade e não ao funcionário que os fez.

A ideia é impedir que a Administração Pública funcione como ferramenta para conceder a satisfação de interesses e desejos pessoais, como também, impedir a prática de coação contra agentes públicos no exercício de suas funções. Conforme salienta Fernanda Marinela;

A Constituição Federal conta com algumas regras que representam aplicações concretas desse princípio, por exemplo, o art. 37, inciso II, que institui a exigência de concurso público para o exercício de cargos ou empregos públicos, e o art. 37, inciso XXI, que ordena a aplicação do procedimento licitatório como instrumento eficaz para que a Administração celebre o melhor contrato possível, além de outros. Atualmente, o exercício do princípio da impessoalidade atrelado a outros princípios, como a moralidade, a eficiência e a isonomia, respalda também as proibições para a prática do nepotismo na Administração Pública, com o objetivo de afastar esse tipo de improbidade do sistema e as facilidades adquiridas em razão do parentesco. A proibição para o nepotismo, afastando os parentes da Administração Pública, além de resultado dos princípios

constitucionais também já existia como regra expressa em norma infraconstitucional, o art. 117, inciso VIII, da Lei n.8.112/90. Tal disposição referia-se a apenas às relações de chefia imediata aplicáveis aos servidores públicos federais (MARILENA, 2015, p.69).

O princípio da Impessoalidade percorre toda a Administração Pública, com o escopo de nortear os atos dos agentes públicos. Dessa forma, o princípio da impessoalidade favorece o interesse da sociedade, coibindo qualquer forma de interesse e promoção pessoal.

### **3.2.1 Princípio da moralidade**

O princípio da moralidade fundamenta-se na ética dos agentes da Administração Pública e também rege os requisitos de validade do ato administrativo, pois, o desrespeito a princípio resulta na invalidade do ato administrativo, pois tanto os agentes públicos, como a Administração Pública estão sujeitos a moral administrativa, que possui efeitos jurídicos (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 212).

O princípio da moralidade estabelece especificamente a moralidade administrativa no âmbito da Administração Pública, pois a moral administrativa é diferente da moral social, pois, a moral administrativa é ao conjunto de diplomas, leis e normas que regulam às atividades da Administração Pública, como descrito pelo decreto de nº 1.171/94 denominado Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal em seu inciso II:

O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal.

Tendo como base o princípio da moralidade, que exige uma atuação honesta e justa da Administração Pública e de seus agentes, seguindo assim as regras e princípios éticos, portanto, uma atuação com probidade administrativa, já quando houver uma atuação com improbidade, em que os agentes públicos se beneficiam através do poder público, entra-se na esfera regida pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), que tem um papel fundamental e decisivo na coibição e na punição de tais atos, nesse sentido tem-se o entendimento de Maria Sylvia di Pietro:

Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro. No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei. (DI PIETRO, 2014, p. 901)

O objetivo da constituição é proteger a Administração Pública, tencionando a punição de atos derivados de moralidade, caindo sobre estes severa punição, surgindo assim a Lei de Improbidade Administrativa, que busca proteger o recursos financeiros públicos de desvios de condutas praticadas por agentes públicos e terceiros (CARVALHO FILHO, 2015, p.22).

### **3.2.2 Princípio da publicidade**

O princípio da publicidade é um dos princípios mais fáceis de ser percebidos por todos, se trata da divulgação para a sociedade dos atos praticados pela Administração Pública, como os atos, contratos e também outros instrumentos celebrados tanto pela administração direta como também pela indireta, a fim de proporcionar o conhecimento e o controle dos atos praticados pela Administração (GASPARINI, 2011, p.65). Assim leciona José dos Santos Carvalho Filho:

É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas, ou, ainda, mais modernamente, divulgados por outros mecanismos integrantes da tecnologia da informação, como é o caso da Internet. O princípio da publicidade pode ser concretizado por alguns instrumentos jurídicos específicos, citando-se entre eles: 1. o direito de petição, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulação (art. 5º, XXXIV, "a", CF); 2. as certidões, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos



administrativos, cuja publicidade permite aos administrados a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, “b”, CF); e 3. a ação administrativa ex officio de divulgação de informações de interesse público (CARVALHO FILHO, 2015, p.26).

Marcelo Alexandrino discorre que o princípio da transparência, relacionado ao da publicidade, protegendo os direitos de petição e certidão. Integrando também o referido princípio, o ato de motivação dos atos da Administração Pública, que tem como objetivo esclarecer e fundamentar a prática de certo ato público, proporcionando assim uma análise da fidedigna do ato administrativo pelos órgãos de controle como pela sociedade de modo geral. (ALEXANDRINO e PAULO 2015). Este princípio é muito importante e deve ser respeitado pela Administração Pública, tendo em vista que esse princípio funciona como uma ferramenta fundamental para a sociedade de forma geral, dispondo o conhecimento dos atos de gestão da Administração Pública.

### **3.3 Princípio da eficiência**

O princípio da eficiência tem por essência, a diligência pela produtividade e economicidade e também têm como princípio que a Administração Pública atue com celeridade e não de forma lenta e burocrática, mas sim, buscando a satisfação do interesse coletivo. Possuindo o presente princípio uma relação com outro princípio, o da legalidade, pois a Administração Pública deve procurar escolher os meios mais eficientes e com menor custo dentro dos parâmetros legais, de modo, que o princípio da legalidade envolve o da eficiência, sendo que a Administração Pública com base na análise discricionária deve optar pela via mais eficiente que a lei permitir (ARAGÃO, 2013).

Assim, a atuação da Administração Pública exige um rendimento funcional, visando o princípio da eficiência a prestação de um serviço público justo e prestado de forma simples e célere, respeitando a relação de custo benéfico e buscando atender às necessidades da sociedade que o financia. Dessa forma, sendo a figura do administrador a tarefa de procurar a solução que melhor atenda ao interesse público e ainda preservar e usar de forma consciente os recursos públicos (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p.231). O princípio da eficiência não engloba somente os atos da Administração Pública destinados a sociedade como um todo, o princípio deve ser aplicado nas atividades internas da própria Administração Pública. Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho, ensina:

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve

recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Tais objetivos é que ensejaram as recentes ideias a respeito da administração gerencial nos Estados modernos (public management), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2015, p.32).

Apesar da dificuldade em fiscalizar o respeito a esse princípio, ele não pode deixar de ser analisado e estudado, pois, toda a sociedade merece um serviço público adequado e capaz de solucionar e resolver as necessidades da população como um todo. A autocomposição de conflitos é um meio de solução que acontece por comum acordo entre as partes envolvidas e que procura, com mais celeridade, através do diálogo e do consenso incentivar e fazer com que as próprias partes decidam a resolução do problema ou o conflito em questão (CALMON, 2015).

A integração desses meios de autocomposição de conflitos é movida em prol de oferecer alternativas que sejam mais rápidas, simples e também democráticas, pois estimulam a participação dos envolvidos do litígio e contribuem para um acesso à justiça capaz de gerar efeitos e resolver os conflitos.

Fazer justiça é proporcionar solução para conflitos e, mais do que isso, proporcionar pacificação social. Nesse contexto, os mecanismos para a obtenção autocomposição civil e penal surgem como instrumentos mais capacitados para garantir a verdadeira pacificação social, ou, em outras palavras, para garantir o acesso à justiça (CALMON, 2015, p. 158).

Com o crescimento da quantidade de demandas requeridas ao poder judiciário, acarreta excessivamente número de processos, o que produz congestionamento, lentidão e morosidade na resolução dos litígios e na obtenção da garantia a que se pretende, impedindo a efetividade do Judiciário:

[...], a nossa jurisdição estatal está mergulhada numa imensa crise em razão do volume de processos, de inúmeros problemas estruturais, lentidão na prestação jurisdicional, descrédito, insatisfação das partes, duelos intermináveis e dificuldades de eficácia das decisões judiciais. (NUNES, 2016, p. 26).

Como forma de contribuir e resolver em tempo razoável os conflitos vem à mediação – política pública – apta de resolver harmonicamente vários tipos de conflitos. No Brasil, o marco da Mediação é a Lei 13.140/2015, e no artigo 1º a possibilidade da utilização da mediação na Administração Pública da seguinte forma “como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

### **3.3.1 Princípio da continuidade do serviço público**

O princípio é de extrema importância, pois a disciplina os serviços oferecidos pela Administração Pública, englobando todos os usuários dos serviços prestados por ela, toda a sociedade. O princípio mencionado tem como escopo um serviço público prestado sem interrupção, constante e incessante, exigindo da Administração Pública uma prestação sem falhas e intervalos. Não podendo o serviço público ser paralisado, com exceção das hipóteses previstas na Lei 8.987/95, que coloca a salvo a interrupção dos serviços públicos na ocorrência de emergências e em outros casos, com prévio aviso em razão de problemas técnicos e por inadimplemento usuário (MARINELA 2015, p. 90). Assim discorre José dos Santos Carvalho Filho:

É evidente que a continuidade dos serviços públicos não pode ter caráter absoluto, embora deva constituir a regra geral. Existem certas situações específicas que excepcionam o princípio, permitindo a paralisação temporária da atividade, como é o caso da necessidade de proceder a reparos técnicos ou de realizar obras para a expansão e melhoria dos serviços. Por outro lado, alguns serviços são remunerados por tarifa, pagamento que se caracteriza como preço público, de caráter tipicamente negocial. Tais serviços, frequentemente prestados por concessionários e permissionários, admitem suspensão no caso de inadimplemento da tarifa pelo usuário, devendo ser restabelecidos tão logo seja quitado o débito. É o caso, para exemplificar, dos serviços de energia elétrica e uso de linha telefônica (CARVALHO FILHO, 2015, p.36).

A interrupção se justifica pela própria continuidade do serviço público, pois, se Administração Pública continuar prestando o serviço para o usuário inadimplente, irá endividar seu orçamento e comprometerá a prestação do serviço público para toda a sociedade. A jurisprudência apresenta vários julgados baseados nesse entendimento, autorizando sob prévia comunicação a interrupção de serviços como, telefonia, energia elétrica e água (MARINELA 2015, p. 91). O princípio da continuidade do serviço público, é

uma garantia imprescindível para a sociedade, pois grande parte dos cidadãos utilizam os serviços públicos, assim com este princípio se estabelece, portanto, a ordem social.

### **3.3.2 Princípio da indisponibilidade do interesse público**

Este princípio está elencado na Lei nº 9.784/99, que, prevê em seu artigo 2º, Caput, o princípio da Indisponibilidade do interesse público: "A Administração Pública respeitará, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficácia". Assim, diante de um conflito o interesse público prevalecerá, pois é indisponível, assim, tal indisponibilidade se justifica pelo fato de que os bens públicos não pertencem a Administração Pública, ou aos seus administradores e agentes, tendo eles somente a função de geri-los, o que não exclui a titularidade da coletividade e em razão disso, torna-se vedado ao administrador à prática de qualquer ato que implique na renúncia ao interesse público (ALEXANDRINO, 2015, p. 206). A excelente descrição criada por José dos Santos Carvalho Filho:

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade (CARVALHO FILHO, 2015, p.36).

Devendo também ser considerado, a classificação baseada em interesse público primário e secundário, o primeiro é o direito do povo amplo e imediato, o segundo nos direitos instantâneos do estado quando pessoas jurídicas definidas pela doutrina como interesses essencialmente patrimoniais. Quanto ao eventual conflito entre essas duas categorias, deve prevalecer o primário, sendo assim os secundários não devem confrontar em nenhum momento os primários (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 208).

Compete ao Estado tutelar os interesses mais importantes e essenciais para sociedade, como o bem estar, saúde e segurança, motivo que justifica o título de interesses

supremos e indisponíveis, porém, apesar da indisponibilidade constituir a regra, aceita exceção, pois, a indisponibilidade é em relação às vias políticas e sua forma legal, mas as atividades meio, denominadas interesses derivados, a indisponibilidade é relativa podendo assim, haver negociação, tendo a administração fundamento constitucional amplo como prevê os artigos art. 18, 37, caput, genericamente, e de modo específico nos artigos exemplo, Art. 49, I, XVI e XVII da Constituição Federal. Com isso, em relação aos interesses derivados que se destinam para pôr em prática os interesses primários e secundários a indisponibilidade sofre reativação (LEMES, 2008, p.130/131).

Tal princípio possui uma grande abrangência em relação ao trato com a coisa pública, e tutela os interesses da sociedade como um todo, mas protagoniza um dos maiores estigmas atrelados sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

### **3.4 Princípio da supremacia do interesse público**

O princípio da Supremacia do interesse público é um princípio que embora encontra-se implícito, pois, não está expresso no texto da Constituição Federal, decorre das instituições empregues no Brasil. Assim, com base na democracia, como também no sistema representativo, espera-se que todo os atos praticados pelo Estado, estejam relacionados ao interesse público, e assim consequentemente, buscando uma atuação estatal subordinada aos interesses privados (ALEXANDRINO e PAULO, 2014)

Esse princípio gera privilégios jurídicos principalmente em relação a prevalência do interesse público ao particular, possuindo a Administração Pública um grau de superioridade em relação aos administrados, em casos como de presunção de legitimidade, auto executoriedade e imperatividade dos atos administrativos e ainda derivados de qualquer vício até que se prove ao contrário. Há a possibilidade da própria Administração Pública praticar tais atos, e ainda os impor a toda coletividade, além da possibilidade de revê-los (MARINELA 2015, p. 62). A Administração Pública está amparada para cumprir o interesse da coletividade, quando estiver em um conflito com o particular, nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho discorre:

Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em

confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto (CARVALHO FILHO, 2015, p.35).

Concerne a Administração Pública, analisar e agir com razoabilidade com o escopo de atingir e satisfazer o interesse público e deve agir dentro dos limites legais sem ferir nenhuma barreira, pois configuraria abuso de todas estas prerrogativas. Todos os atos do administrador devem ser analisados, para verificar se a supremacia do interesse público foi empregada para alcançar sua finalidade.

#### **4 CRISE DA LETIGIOSIDADE BRASILEIRA FRENTE AOS LITIGIOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Os mecanismos de solução alternativos ao judicial podem e devem ser levados em consideração porque são necessários para conter o colapso do sistema estatal. Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça denunciam um congestionamento processual inadmissíveis, cuja razão é relacionada à cultura do demandismo, segundo o compêndio “Justiça em números”, ano 2018, divulgado pelo CNJ, “o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação”. Como resposta a este anúncio de um futuro caótico, também realidade de outros sistemas judiciários no mundo, um movimento internacional de “desjudicialização” instaurou-se, fundado, principalmente, no princípio da duração razoável do processo, que possui um amparo constitucional no direito pátrio (art. 5º, LXXVIII, CF). Resultado desse movimento foi a criação de novos métodos alternativos de resolução de litígios, diversos do processual, tais como a negociação direta e câmaras arbitrais, de mediação e de conciliação. Nos últimos anos a legislação brasileira tem dado ênfase na diminuição de litigiosidade e à utilização de meios consensuais e/ou extrajudiciais de solução de controvérsias envolvendo a administração pública.

A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, um procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos com o intuito de aumentar a celeridade na resolução coletiva de conflitos dos consumidores (parágrafo único do art. 33 da Lei 13.140/15).

Uma causa possível da litigiosidade está relacionada ao próprio texto constitucional, ao assegurar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (artigo 5º, XXXV, CRFB). Conforme CAPPELLETTI e GARTH (1988), trata-se do “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que busque garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Em contrapartida, os meios para resolução alternativa de disputas (RAD) vêm sistematicamente demonstrando sua utilidade da gestão da crise de litigiosidade, notadamente por ajudar na promoção da paz social e serem instrumentos passíveis de utilização pelo Executivo e Judiciário.

#### **4.1 Adesão da arbitragem pela administração pública e garantia do interesse público.**

A arbitragem é um meio alternativo para a resolução de conflitos, caracterizado pela sua consensualidade originária. Uma vez empregue a arbitragem, consensualmente, pelas partes, abre-se da justiça estatal para a resolução de conflitos pertinentes aos direitos disponíveis contratualmente celebrados. Há diversas vantagens do processo arbitral em relação ao processo judicial tradicional, como, por exemplo: a rapidez e celeridade com que a controvérsia é decidida em termos definitivos; a qualidade das decisões dos árbitros (que na maioria das vezes são escolhidos pelas partes exatamente por serem especialistas na matéria a ser examinada e decidida); a confidencialidade que pode ser acordada entre as partes durante o trâmite do litígio, entre outras.

O processo arbitral não está sujeito aos recursos impostos a outras instâncias ou a outros incidentes previstos no sistema de direito processual, a prestação jurisdicional proveniente do sistema arbitral geralmente acontece com maior rapidez. A arbitragem pode ser um meio eficiente de reduzir os custos de contingenciamento dos bens e valores envolvidos nas discussões levadas ao Poder Judiciário, bem como os custos de oportunidade relacionados à ausência de livre disponibilidade das partes sobre as quantias ou o direito em discussão sub judice, ao longo do tempo de duração de um processo judicial. Na maioria das vezes os árbitros que compõem o Tribunal Arbitral são escolhidos pelas partes exatamente em função de sua experiência e expertise anteriores em relação a um determinado assunto ou área de conhecimento, o que diminui consideravelmente as chances de equívocos no julgamento e a probabilidade de posterior contestação ou recusa ao cumprimento da sentença arbitral pelas partes. SELMA F. LEMES leciona:

Os incentivos para a previsão de arbitragem nesses contratos são predominantemente financeiros, de economia nos custos de transação, com resultados positivos para a sociedade. A Administração Pública deixa de usar o Judiciário (mantido pelo Estado), reduzindo custos e tentando gerar mais eficiência aos

serviços prestados aos jurisdicionados. Os parceiros contratados, cientes da previsão em solucionar conflitos extrajudicialmente oferecerão preços menores. Estudos internacionais demonstram que a previsão de meios adequados de solução de conflitos em contratos de concessão pode gerar redução de até 20% no custo da tarifa cobrada dos usuários finais. Além disso, há redução dos custos no processo arbitral comparado ao processo judicial. A economia pode chegar a quase 60%.

A arbitragem foi criada como forma alternativa de resolução dos conflitos, junto a jurisdição tradicional, com o escopo de diminuir o formalismo do processo tradicional e dar maior rapidez na resolução dos conflitos. A arbitragem pode dar soluções mais adequadas a várias situações concretas de litígio. Desse modo, a solução arbitral é uma alternativa interessante para a solução de litígios que envolvam pessoas capazes de contratar e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. A arbitragem busca consolidar os interesses daqueles que estão insatisfeitos com a demora da prestação jurisdicional, que contribui para aumentar o grau de discórdia entre as partes e afronta o direito constitucional de ver o seu direito apreciado em tempo razoável.

Ao instituto jurídico da arbitragem foi conferida natureza *sui generis*, pois provem da vontade das partes para regular as relações de ordem processual. A convenção arbitral aparece, primeiramente, na qualidade de contrato privado que versa matéria de interesse particular e, após, à ordem pública, nacional ou internacional, à medida que se confere a composição de litígios que, mesmo entre particulares, afeta essa ordem pública. A arbitragem é um instrumento de ordem convencional, pois cabe aos interessados decidirem sujeitar certa controvérsia à decisão de um árbitro – “renunciando” à tutela jurisdicional – decidindo a respeito da extensão dos poderes outorgados àquele para eliminar os conflitos.

A convenção de arbitragem resulta entre os contratantes o compromisso inarredável de submeterem à jurisdição arbitral a solução dos conflitos que venham a surgir como consequência do contrato principal entre eles acordado, de forma a eliminar terminantemente a busca da tutela pretendida a ser conferida pelo Estado-juiz. Tanto através da cláusula compromissória quanto do compromisso arbitral, a convenção, ao ser pactuada, impede que os contratantes possam arrepender-se, uma vez escolhida a submissão de eventual litígio à justiça privada, é nesta via que estes devem seguir.

Os meios extrajudiciais de solução de conflitos do ordenamento jurídico demonstram a opção pelo consenso na solução dos litígios, dentro e fora da relação jurídico-administrativa (como na lei da arbitragem, Lei nº 9.307/1996, Resolução nº



125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (que disciplina a conciliação), no Marco legal da Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15 e Lei nº 13.129/15 que versa sobre a arbitragem para a administração pública).

#### **4.2 Alteração feita pela Lei 13.129/2015**

A Lei nº. 13.129/2015 entrou em vigor no dia 26/07/2015 e busca: ampliar o campo de aplicação da arbitragem; dispor acerca da escolha dos árbitros; versa sobre a interrupção da prescrição, pela instituição da arbitragem; dispõe sobre a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem; discorre sobre carta e sentença arbitral. Tal Lei altera e complementa a Lei 9.307/96 (lei de arbitragem), e também questões pontuais da Lei 6.404/76 (Lei das sociedades anônimas).

As alterações consolidam entendimentos há muito defendidos pela doutrina especializada e em grande parte já refletidas na jurisprudência. Entre as principais alterações feitas pela Lei 13.129/15, destacam-se: a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de litígios envolvendo a administração pública; A possibilidade do deferimento de sentenças arbitrais parciais; A redução do rol de hipóteses de nulidade da sentença arbitral; A possibilidade de ajuizamento de medidas cautelares e de urgência perante o Poder Judiciário anteriormente à constituição do tribunal arbitral; A concepção do mecanismo da carta arbitral; A possibilidade de retirada do acionista minoritário, em certas circunstâncias que discordar da inclusão de cláusula compromissória no estatuto social da companhia; A possibilidade de as partes excluírem a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro à respectiva lista de árbitros; E a previsão expressa de interrupção da prescrição com a instituição da arbitragem.

A Lei 13.129/15 acrescentou que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis", sendo que a arbitragem deverá ser de direito e respeitar o princípio da publicidade. A nova redação do artigo 32, I, da Lei de Arbitragem remediou a imprecisão técnica da redação original, ao corretamente determinar que é nula a sentença arbitral se for nula a convenção de arbitragem, e não o compromisso, como elucidava o texto anterior. Com efeito, a convenção de arbitragem é gênero, do qual são espécies a cláusula arbitral e o compromisso arbitral. O artigo 33 da lei de arbitragem também foi alterado para fazer referência, em seu parágrafo 1º, à possibilidade de declaração de nulidade da sentença arbitral parcial ou final e para incluir, em seu parágrafo 4º, a possibilidade de a parte requerer em juízo a prolação de sentença arbitral complementar para casos de julgamento *infra petita*. A sentença arbitral que não abordar todos os pedidos formulados na

arbitragem deixa de ser nula, com a revogação expressa do inciso V do art. 32, e deve então ser objeto de pedido de sentença arbitral complementar.

O art. 22-C da lei 13.129/15 estabelece um novo mecanismo de comunicação de atos entre juízes e árbitros: a carta arbitral. Trata-se de reconhecimento expresso do dever de cooperação entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, demonstrando a inexistência de hierarquia entre o árbitro e o juiz togado. Através da carta arbitral o árbitro poderá requerer ao Poder Judiciário a prática de determinados atos processuais, especialmente os que precisem do poder coercitivo do Estado. A alteração disciplina o meio de comunicação entre árbitros e o Poder Judiciário e será de grande importância para a eficácia ainda maior da arbitragem e seu bom funcionamento.

O parágrafo 4º do artigo 13 da lei de arbitragem passa a prever que as partes estarão livres para de comum acordo afastar a aplicação de dispositivo do regulamento de órgão arbitral institucional que limite a escolha do árbitro aos nomes constantes da lista de árbitros deste mesmo órgão, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição arbitral. O artigo 19 da lei de arbitragem passa a prever expressamente, em seu parágrafo 2º, que a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo dita interrupção à data de protocolo do requerimento de arbitragem, ainda que a arbitragem seja posteriormente extinta por ausência de jurisdição.

## 5 CONCLUSÃO

Ao priorizar a celeridade e a simplicidade na solução de conflitos, a mediação e a conciliação possuem um papel fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, pois ao contribuir para uma nova consciência coletiva sobre justiça, onde as vias judiciais devem ser acionadas somente em último caso, buscando sempre à paz social. É importante o legislador trazer a hipótese da autocomposição para o âmbito do Poder Executivo, ao determinar várias hipóteses nas quais se torna viável para a Administração Pública resolver litígios pelas vias extrajudiciais.

O estímulo à autocomposição deve ser apreciado e sua aplicação no âmbito da Administração Pública tem muito a contribuir para uma justiça mais rápida e menos burocrática. Cabe, assim, às instituições públicas priorizarem o reconhecimento dessa alternativa, para que os membros da função pública possam buscar extrajudicialmente a tutela de seus direitos de forma eficiente e simplificada.

## REFERÊNCIAS

AFFONSO, Andressa Kellen Lauriano Lucio. **Autocomposição de Conflitos na Administração Pública**: Um estudo sobre a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Brasília: UNB, 2016.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

DIDIER JR. F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**. 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 3. ed. 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Dayse Braga. **A mediação no processo de democratização do Estado**. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). Estudos sobre mediação e arbitragem. Fortaleza, ABC, 2003.

MOORE, C. W. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

## **AFASTAMENTO DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA DOSIMETRIA DA PENA COMO TESE DEFENSIVA**

**MAÍRA SANTOS DOS ANJOS:** Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe -UFS (2013). Aprovação no Exame de Ordem - OAB (2012). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio (2016)

**RESUMO:** O Código Penal (artigo 68) adota o sistema trifásico na aplicação da pena privativa de liberdade. Na segunda fase da dosimetria, incidem as circunstâncias agravantes e atenuantes. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 231, que dispõe: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Com olhar atento aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, e sob a perspectiva de um processo penal que deve ser instrumento para fins de se assegurar esses mesmos dispositivos da Lei Maior, deve-se proceder a uma leitura crítica do enunciado da Corte Cidadã, dado que há manifesta violação do princípio da individualização da pena. Nesse rumo, o Defensor Público, em sua atuação prática, deve se utilizar de tese defensiva para fins de ver afastada a súmula ora comentada, garantindo, desse modo, o respeito aos direitos subjetivos dos assistidos da Defensoria Pública.

**PALAVRAS-CHAVES:** sistema trifásico; Súmula nº 231; Constituição; princípio da individualização da pena; Defensoria Pública.

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo fazer uma breve análise sobre a (in)constitucionalidade e a ilegalidade da súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe sobre a impossibilidade, no contexto da segunda fase da aplicação da pena privativa de liberdade, de se conduzir à redução da reprimenda abaixo do mínimo legal a partir da incidência de eventual circunstância atenuante.

De um lado a pacificação do entendimento jurisprudencial em enunciado de súmula, a atividade processual penal deve se orientar por uma leitura constitucional, uma vez que o processo não é mais que um instrumento, cujo fim que se busca deve ser sempre conduzido pelo caminho do respeito e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Inegável, portanto, a necessidade de um olhar crítico sobre a orientação sumulada pela Corte Cidadã, em virtude de sua evidente contradição com o princípio constitucional da individualização da pena – dentre outras disposições principiológicas.

Nesse rumo, a atividade da defesa técnica, em especial a atuação do Defensor Público, pode – e deve – se utilizar desse argumento como tese defensiva, requerendo, fundamentadamente, o afastamento do entendimento sumulado, e garantindo, assim, o devido processo legal, a ampla defesa e demais direitos e garantias fundamentais dos assistidos da Defensoria Pública.

### **ANÁLISE DO PROBLEMA SOB UM OLHAR CONSTITUCIONAL**

Inicialmente, é preciso delimitar que a análise da (não)aplicação da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça na dosimetria da pena privativa de liberdade, pontuada neste artigo, orienta-se a partir de uma análise pautada na Constituição Federal.

O professor Aury Lopes Jr. (2022) orienta uma leitura constitucional do processo penal, visualizando-o como instrumento para efetivação das garantias previstas na Lei Maior (processo penal democrático), com o desafio justamente de dar eficácia aos direitos fundamentais. Nas palavras do autor:

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição (LOPES JR., 2022, p. 36).

Outro Ponto em que toca o Professor, e que muito embasa a discussão proposta pelo presente artigo, é justamente sobre a chamada crise da teoria das fontes, nesses termos:

Atualmente, existe uma inegável crise da teoria das fontes, em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade (Idem, 2022, p. 38).

Essa recusa ao texto constitucional, segundo o Professor, deve ser combatida, de modo que o processo não seja visto como um simples instrumento do poder punitivo, mas

sob o seu papel de limitador desse mesmo poder, de modo a assegurar as garantias do indivíduo que está sujeito ao processo penal.

## **AFASTAMENTO DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA DOSIMETRIA DA PENA COMO TESE DEFENSIVA**

O legislador ordinário disciplinou, no artigo 68, *caput*, do Código Penal, após a reforma da Parte Geral (1984), o método trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade, que fora desenvolvido por Nelson Hungria:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Desse modo, sob a lógica dessa visão tripartida, em princípio, é definida a pena-base, em conformidade com as diretrizes do artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais); posteriormente, analisam-se as circunstâncias atenuantes e as agravantes; e, finalmente, serão consideradas eventuais causas de aumento e de diminuição de pena.

Especificamente para os fins da segunda fase da dosimetria, o Código Penal apresenta um rol taxativo – sob pena de abominável analogia *in malam partem* – de agravantes (genéricas) de pena, nesses termos:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:  
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - coage ou induz outrem à execução material do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Por outro lado, há a previsão de atenuantes (genéricas) de pena em rol meramente exemplificativo, nesses termos:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

As agravantes genéricas devem observar o limite máximo de pena previsto em abstrato pelo legislador, e cabe ao juízo, no caso concreto, definir a quantidade de aumento, uma vez que não há previsão legal nesse sentido. Quanto às atenuantes genéricas, também não há disposição legal sobre a fração de diminuição, pelo que cabe, novamente, ao juízo a sua fixação, conforme as peculiaridades do caso em julgamento.

Ao contrário da definição da pena-base, para a qual há previsão expressa no Código Penal sobre a necessidade de se definir a quantidade de pena dentro dos limites previstos (artigo 59, II), não há regulamentação legal semelhante no que toca à segunda fase da dosimetria. Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula nº 231, que



dispõe: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

O professor Cleber Masson (2021) explica que a razão de ser do enunciado sumulado do STJ, ora debatido, reside no argumento de que a aplicação da pena privativa de liberdade sem observância dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Judiciário na função do Legislativo. Mas é preciso observar que a própria lei determina a necessária aplicação das circunstâncias atenuantes na hipótese de sua incidência no caso concreto a ser julgado.

Nesse sentido, deve ser novamente analisada a redação do *caput* do artigo 65 do Código: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Não restam dúvidas, então, de que as atenuantes são de aplicação obrigatória, de modo que a sua desconsideração, caso já esteja a dosimetria verificada no mínimo legal de pena, viola o dispositivo legal.

Primeiramente, portanto, já é possível constatar não haver base legal para impedir que se leve a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Seria plenamente possível criticar, até mesmo, a constitucionalidade do próprio artigo 59, inciso II, que impede (para fins de pena-base) essa redução aquém do mínimo legal, violando a individualização da pena, dentre outros princípios constitucionais. Mas, para além disso, especificamente quanto à segunda fase da dosimetria, não há qualquer determinação em lei que impeça tal valoração.

O professor Fábio Roque (2020) ensina que a legalidade penal exige haver uma lei escrita, estrita, certa e anterior – com o complemento do princípio da intervenção mínima, que exige ser a lei necessária. Por ser estrita a reserva legal, não se admite analogia para cominar sanção penal – vedação à analogia *in malam partem*, prejudicial ao réu.

A analogia, afirma o Professor, é utilizada para fins de integração do direito, de moldo a colmatar eventuais lacunas da lei – quando a lei não disse o que fazer em determinado caso, embora tenha dado tratamento a um caso análogo. Somente pode ser empregada no âmbito penal, no entanto, para beneficiar o réu.

Com base nessa explanação, há de se concluir pelo flagrante desrespeito da Súmula nº 231 ao referido princípio da legalidade penal, que vem previsto no Código Penal (artigo 1º) e na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) – sendo, portanto, cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV, da CF/1988). Inconstitucional (e ilegal), por tal razão, o entendimento fixado no enunciado da Corte Cidadã.

Verifica-se, ainda, a possibilidade de violação da súmula ao princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, o qual se relaciona intimamente à individualização da pena. Isso porque, se o juízo apenas se orienta pelo referido enunciado, sem maior explanação acerca da aplicação da reprimenda conforme as particularidades do caso concreto, é de se concluir pela carência de fundamentação do decisório, que resta eivado de nulidade. Nesse sentido, segue julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), de relatoria do eminente professor e poeta Carlos Ayres Britto:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DUPLA CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. O dever de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebido à reforma penal de 1984. Tanto que a ele o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao cuidar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade. 3. O Supremo Tribunal Federal circunscreve a legalidade da pena ao motivado exame judicial das circunstâncias do delito. Exame revelador de um exercício racional de fundamentação e ponderação dos efeitos éticos e sociais da sanção, embasado nas peculiaridades do caso concreto e no senso de realidade do órgão sentenciante. (...) (STF - HC: 106965 AC, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 19/04/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 03-10-2011 PUBLIC 04-10-2011).

Cleber Masson (2021) salienta que cada etapa de fixação da pena demanda suficiente fundamentação pelo julgador, o que permite a correta individualização da pena, além de também permitir ao réu o exercício da ampla defesa, já que lhe possibilita o direito de acompanhar e impugnar, se for o caso, cada estágio de aplicação da reprimenda.

Além disso, e deixando de lado a crítica – por não ser o objeto do presente artigo – que pode (e deve) ser feita, especialmente à aplicação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, em que são analisadas as circunstâncias judiciais (as quais, inegavelmente, perpassam a ótica de um odioso direito penal do autor), fato é que as fases de aplicação

da reprimenda penal buscam, ao menos em tese, efetivar o princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, CF/1988).

A atividade de individualizar a pena, no que tange à incidência de circunstâncias atenuantes, objeto do presente artigo, não se faz completa se considerado o obstáculo imposto pela Súmula do STJ. Não há qualquer razão que justifique, eficazmente, a impossibilidade de redução da pena em patamar inferior ao limite mínimo imposto pelo legislador, inclusive porque a tarefa do juízo é distinta, e deve se pautar pela análise das particularidades do caso concreto (na linha, é preciso destacar, de um direito penal do fato).

Rodrigo Roig (2021) analisa, com muita clareza, o dito princípio individualizador no contexto da execução penal. Transportando-se o seu estudo para a dosimetria, a individualização da pena ganha ótica moderna e não positivista, a permitir uma atividade judicial que se volta ao sentenciado como sujeito de direitos, a partir de “um olhar humanamente tolerante” (ROIG, 2021, p. 48). As palavras do autor, por serem esclarecedoras:

Além disso, partindo das premissas de que o princípio individualizador possui assento constitucional e que a Constituição de 1988 instituiu o dever jurídico-constitucional de minimização de danos, faz-se necessário concluir que a individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto da lei, mas em virtude da necessidade de individualização). (...) Em matéria de execução da pena, individualização significa também a vedação de apelo a considerações relativas à espécie abstrata do delito, fato esse que retiraria da agência judicial o poder discursivo e argumentativo de limitar com racionalidade o poder punitivo (ROIG, 2021, p. 48)

Acrescente-se que, na linha da violação ao princípio individualizador, resta flagrante, por arrastamento, o desrespeito ao princípio da isonomia, também previsto constitucionalmente (artigo 5º, *caput*, CF/1988), uma vez que, impedindo-se a redução abaixo do mínimo legal, acaba por ser conferido o mesmo tratamento a fatos que, em concreto, foram distintos – e que deveriam receber análise diferenciada quanto às circunstâncias atenuantes de pena.

Roig (2021) apresenta precisas lições, ainda, no sentido de que a individualização da pena consiste em uma das materializações, em sede de execução penal, do princípio da

humanidade, esse que decorre do fundamento constitucional da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF/1988) e do princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, da CF/1988), funcionando como elemento que permite a contenção da irracionalidade do poder punitivo.

Ainda que o autor trate de temas mais voltados à fase executória, reitere-se, não há motivos para não se utilizar de sua brilhante análise crítica para melhor entendimento e interpretação do momento anterior, quando se procede à fixação da pena a partir do critério trifásico. Desse modo, infere-se que o entendimento pela inconstitucionalidade da Súmula nº 231 do STJ, e seu consequente afastamento em caso concreto, também pode ter por base o princípio da humanidade e a própria dignidade da pessoa humana – valor maior do Estado Republicano e Democrático de Direito.

Em consonância com a própria ideia de humanidade, que deveria e (com urgência) deve nortear todo o espaço criminal – e o atuar das agências que se voltam à persecução penal –, é preciso, ainda, pontuar o descortinamento do chamado “Princípio da Fraternidade”, categoria jurídica que, segundo Roig (2021) é evidenciada pelo “constitucionalismo fraternal” e tem por base o preâmbulo e o artigo 3º da Lei Maior.

A ideia que aqui se busca evidenciar através do princípio da fraternidade volta seu olhar para o momento da dosimetria, mas tendo em vista o grupo marginalizado e vulnerável (leia-se: corpos pobres, pretos e jovens, em sua maioria), sob diversos aspectos, que o sistema criminal tão comumente seleciona – desde a fase legislativa até a execução da pena. A fraternidade exsurge, de tal modo, como um fundamento a mais para se permitir uma individualização da pena mais humana – sem esquecer, ainda que por breve, nesse momento, o fato de que a própria pena, em si, já contradiz em muito a ideia de humanidade.

Reforça-se, então, a base principiológica que permite o afastamento do obstáculo imposto pelo enunciado sumulado do STJ à redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, tese essa que merece ser utilizada especialmente pela Defensoria Pública em sua atuação em prol dos direitos dos assistidos, os quais, em regra, no âmbito criminal, coincidem com aquele já referido grupo vulnerabilizado.

O serviço prestado pela Defensoria Pública, como função essencial à Justiça (artigo 134 da CF/1988), é um instrumento na busca do pleno acesso à ordem jurídica justa aos hipossuficientes (artigo 5º, XXXV e LXXIV, CF/1988), de modo que sua atividade não pode ser dissociada dos interesses dos assistidos. Nesse sentido, a própria Lei Complementar n.º 80/1994 dispõe como funções institucionais da Instituição, dentre outras: exercer a ampla defesa e o contraditório, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses (inciso V);

bem como promover “a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados” (inciso X).

Por tais razões, o Defensor Público, para fins de se proceder a uma adequada defesa técnica em sua atuação no âmbito criminal, não só pode, como deve contar, em seu repertório de teses defensivas, com aquela que orienta o afastamento da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, busca-se efetivar a individualização da pena, e demais princípios constitucionais e legais, que norteiam o processo penal visto como instrumento de aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

## CONCLUSÃO

O presente artigo analisou a possibilidade de afastamento da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça quando da fixação da pena privativa de liberdade na segunda fase da dosimetria – essa que se analisa sob o sistema trifásico adotado no Código Penal. A partir de uma leitura constitucional do processo penal, verificou-se haver manifesta violação do princípio da individualização da pena ao se impossibilitar a redução da reprimenda em patamar inferior ao mínimo legal, mediante incidência de eventuais circunstâncias atenuantes. Nesse rumo, destacou-se a importância da aplicação dessa tese defensiva na prática processual penal, especialmente pela Defensoria Pública, de modo a efetivar os interesses dos assistidos, esses que, em regra, integram grupo vulnerável marginalizado, a merecer, portanto, maior atenção e tutela, assegurando-se seus direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. **Código Penal Comentado - Art. 1º**. Youtube, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pW4sEPL11BA>>. Acesso em: 7 julho. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 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: 6 julho. 2022.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 6 julho. 2022.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** – v. 1. 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 5. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 106.965/AC**. Julgado em 19 abril. 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627621/habeas-corpus-hc-106965-ac-stf/inteiro-teor-110026105>>. Acesso em 07 julho. 2022.

## **A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, SUA REPERCUSSÃO NO BRASIL E REFLEXÕES SOBRE O CASO SEAN GOLDMAN**

**ANA LUIZA MELO LEAL.** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogada licenciada. Assessora de Promotor de Justiça no Ministério Público de Pernambuco.

### **INTRODUÇÃO**

Há vários motivos para permitir o trânsito de pessoas de um país para outro. À criança, no entanto, deve sempre ser resguardado o melhor interesse, de modo que todo o aparato jurídico - tanto o internacional quanto os nacionais de cada país - deve prezar por sua segurança e integridade, fazendo com que seja estabelecida junto à família no lugar que melhor garanta a proteção dos seus direitos, sendo este a sua residência habitual, sem prejuízo de deslocamentos para visitas, lazer ou em razão de guarda compartilhada.

É em tal contexto que se conceitua a subtração (ou “sequestro”) internacional de menores, consistente no ato de transferência ou retenção ilícita da criança em país diferente daquele em que detinha residência habitual sem o consentimento de um dos genitores, dos responsáveis legais ou autorização judicial (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA).

Por um longo período, franquear o retorno de uma criança ao país do qual fora subtraída consistia em uma corrida de inúmeros obstáculos. Com a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, é nítido que houve um encurtamento desse caminho. Por outro lado, o número de casos de sequestro internacional não se tornou, de um dia para o outro, inexpressivo no mundo.

Em território brasileiro, a Autoridade Central Administrativa Federal para Adoção e Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (ACAF/DRCI/SNJ) terminou 2018 com aumento na quantidade de pedidos de cooperação jurídica internacional para retorno de crianças indevidamente subtraídas de seus países de residência habitual ou impedidas de ter contato com um ou mais membros de suas famílias em relação ao ano de 2017 (ACAF, 2019).

Pelos motivos acima, este estudo visa analisar, a partir das decisões no emblemático caso Sean Goldman, envolvendo as jurisdições do Brasil e dos Estados Unidos, a postura dos tribunais brasileiros diante da Convenção de Haia sobre sequestro de menores, sobretudo tendo em vista que, na ocasião, recaiu sobre o Brasil a pecha de país pouco cooperativo no que diz respeito ao cumprimento da Convenção.

Merece destaque que a opção pelo caso de Sean se deu em razão de sua ampla midiatização, de modo que, apesar de envolver questões comumente mantidas em segredo de justiça, é possível analisar seus pormenores, uma vez que a divulgação de tais questões deu-se de forma maciça.

Para alcançar o objetivo a que este escrito se presta, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, aliado ao método de procedimento do estudo de caso (MARCONI; LAKATOS, 2010, p. 204). No que concerne à pesquisa feita sobre o tema, esta foi de natureza dogmática, buscando conciliar investigação legislativa, doutrinária e jurisprudencial, de forma a compreender as repercussões da Convenção de Haia de 1980 no Brasil.

A estrutura do artigo engloba duas seções. A primeira delas trata da evolução da proteção da criança no âmbito internacional, que culmina na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, bem como acerca dos dissensos que tal diploma internacional encontra quando de sua aplicação no Brasil.

Na última parte do estudo, é tratado propriamente do caso Sean Goldman, assim denominado em razão da história de Sean, filho de norte-americano com brasileira nascido em Nova Jersey, local que também constituía domicílio conjugal de seus pais.

Por fim, ressalta-se que, como bibliografia básica para o presente estudo, foram utilizados os apontamentos de doutrinadores como Basso (2019) e Del'Olmo (2015), bem como trabalhos acadêmicos amplamente disponibilizados na internet.

## **1. EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

Antes de adentrar aos aspectos principais da Convenção sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, é oportuno salientar que o cenário internacional percorreu um longo caminho, repleto de normativas atinentes ao direito das crianças e dos adolescentes. Tais avanços levaram em conta a condição de pessoa em desenvolvimento e de sua extrema vulnerabilidade, nos termos de uma proteção jurídica calcada na igualdade material.



Com efeito, a “Declaração dos Direitos da Criança”, de Genebra, foi aprovada pela então Assembleia Geral da Liga das Nações, em 1924, iniciando as tratativas sobre a necessidade de manutenção material e espiritual da criança (DEL’OLMO, 2015, p. 742). Inspirando-se nessa declaração, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 1946, acolheu uma recomendação no sentido de que a referida Declaração de Genebra “deveria, tanto quanto em 1924, obrigar os povos hoje em dia”. Desta feita, com redação final pelo Comitê Social, Humanitário e Cultural da Assembleia Geral, foi aprovada a Declaração em 1959, com a presença dos 78 países membros, sem votos dissidentes (UNICEF, 2007).

Ato contínuo, no ano de 1979, foi realizada a “Proclamação do Ano da Criança”, quando a Polônia sugeriu que fosse feito um tratado internacional que transformasse em termos jurídicos os princípios da Declaração de 1959 (tais como os benefícios à Previdência Social, direito a um nome e à nacionalidade, direito à habitação e à assistência médica), uma vez que a referida normativa representava tão somente uma recomendação para os países (DEL’OLMO, 2015, p. 742).

Finalmente, em 1989, foi promulgada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, tendo entrado em vigor em 1990. Vale ressaltar a adesão pioneira do Brasil, dentre os países latino-americanos, à esta Convenção, por meio do Decreto 99.710/90 (MACHADO; MELLO, 2015, p. 22), sendo a mais ratificada de toda a história, com a adesão de 196 países (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2019).

A aludida Convenção inspirou o artigo 227<sup>82</sup> da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), além de ter servido à criação de um novo sistema de de proteção integral, por meio do Estatuto da Criança do Adolescente, que regula a concepção do jovem sujeito de direitos. O ECA se norteia pelo melhor interesse das pessoas em desenvolvimento, que é um princípio jurídico fundamental de interpretação, desenvolvido para limitar a extensão da autoridade do adulto sobre a criança (além dos pais, profissionais, professores, médicos, juízes, dentre outros) (VENDRUSCOLO, 2011, p. 65).

Sobre o objeto de estudo que aqui procura ser apresentado, qual seja, o sequestro internacional de crianças, pode-se dizer que, antes da Convenção de Haia - a qual será melhor detalhada a seguir -, recuperar um filho que havia sido levado para outro país dependia de longo processo com inúmeros obstáculos à celeridade e à regularidade do feito. Isto porque, caso o paradeiro da criança fosse conhecido pelo genitor, este deveria

---

<sup>82</sup> 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.

ajuizar ação perante a Justiça local, iniciando-se a averiguação do estado em que se encontrava a criança, que, muitas vezes, resultava em uma decisão negativa ao seu retorno, mesmo que as circunstâncias do seu deslocamento fossem irregulares (DEL'OLMO, 2015, p. 774-775).

Antes de a referida Convenção vigorar no País, o Brasil já era parte da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, concluída em Montevideu, em 1989, no âmbito da 3ª Conferência de Direito Internacional Privado da OEA<sup>83</sup>. De acordo com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, não há supremacia da mencionada Convenção Interamericana em relação à Convenção de Haia, porém, esta é a mais utilizada, seja pelo número superior de Estados signatários, seja pela maior clareza em sua aplicação no Judiciário brasileiro (DEL'OLMO, 2015, p. 774-775).

Desse modo, é possível afirmar que a Convenção de Haia sobre o sequestro internacional de crianças representa um divisor de águas no direito internacional, tendo aplicação até serem atingidos os 16 anos do adolescente, consoante o artigo 4º do instrumento normativo (BRASIL, 2000). Assim como as normativas aqui mencionadas, a Convenção de Haia também possui como objetivo a garantia de direitos dos menores de idade, visando ao seu bem-estar e proteção especial.

A referida Convenção é um fórum de Direito Internacional Privado, que busca a uniformização dos direitos das crianças, da família e das relações de Direito Internacional Privado, sendo o Brasil membro participante da Conferência, no tocante à convenção de sequestro de crianças, desde o ano 2000 (LOGRADO, 2013, p. 10).

Empregado erroneamente na tradução brasileira da Convenção, o termo "sequestro" pode levar a confusões, em especial se considerado o Código Penal, em seu artigo 148. Não se trata, propriamente, de "sequestro" internacional de crianças, senão de transferência ilegal de crianças de seu país de residência habitual para outro e/ou sua retenção indevida em outro país. Não se intentou, assim, equiparar os subtraentes como autores de crimes bárbaros. Até mesmo porque, o título da Convenção, em inglês, não se refere a "sequestro", mas à subtração (*abduction*) de menores de idade (MAZZUOLI, 2017, p. 408).

Em virtude dos naturais conflitos de transferência ou retenção para outro Estado por um dos genitores, a Convenção de Haia garante que o genitor que teve seu filho sequestrado e a criança tenham seus direitos resguardados. Dolinger afirma que se trata de uma cooperação processual, em que as autoridades de duas jurisdições mantêm uma coordenação de caráter permanente, por meio de suas autoridades centrais. Toda vez que

<sup>83</sup> No Brasil, o Decreto nº 1.212, de 1994, promulgou esta Convenção (BRASIL, 1994).

ocorrer deslocamento ou manutenção ilegal de uma criança, serão as autoridades solicitadas a prestar assistência, com várias medidas possíveis, como a restituição voluntária ou solução amigável entre os genitores, segundo preveem os artigos 6<sup>o</sup><sup>84</sup> e 7<sup>o</sup><sup>85</sup> da Convenção (DOLINGER, 2003, p. 245-246 *apud* LOGRADO, 2013, p. 12).

Desse modo, tal instrumento não pretende normatizar matérias atinentes à guarda e à custódia, as quais serão baseadas na lei interna do Estado de residência habitual da criança ou na lei designada pelas normas de conflito do respectivo Estado. Sua natureza é, assim, de norma-quadro de cooperação jurídica internacional, já que estabelece obrigações recíprocas entre os Estados-Partes, com o objetivo de: localizar a criança subtraída, avaliar a situação em que se encontra e, caso não incida uma das hipóteses de exceção ao retorno da criança, como será visto, restituí-la ao seu país de residência habitual (DEL'OLMO, 2015, p. 747).

O meio de cooperação jurídica internacional utilizado para aplicar no País a Convenção é o auxílio direto, competindo ao juízo nacional decidir sobre a ocorrência da ilicitude da transferência ou retenção, destinado ao intercâmbio entre órgãos judiciais e administrativos de diferentes Estados. Assim, independe de carta rogatória ou homologação de sentença estrangeira, toda vez que forem postulados atos sem conteúdo jurisdicional de autoridades nacionais (DEL'OLMO, 2015, p. 747).

---

<sup>84</sup> Artigo 6<sup>o</sup> - Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado. (BRASIL, 2000)

<sup>85</sup> Artigo 7<sup>o</sup> - As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para: a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente; b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas; c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável; d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança; e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção; f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise ao retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita; g) acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado; h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança; i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta. (BRASIL, 2000)

Nessa senda, é possível afirmar que a Convenção tem dois objetivos bem definidos, previstos em seu artigo 1º: a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado-contratante ou nele retidas indevidamente; e b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados-contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado-contratante. Desse modo, o instrumento visa proteger as crianças dos efeitos nocivos de sua subtração e retenção para além dos limites de um Estado, prevendo mecanismos para o seu retorno imediato ao país de residência habitual (MAZZUOLI, 2017, p. 407).

Assim, evita-se que a criança venha a sofrer prejuízos advindos de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas, além de serem estabelecidos procedimentos que asseguram o retorno imediato ao país da residência habitual do sequestrado. Impede-se, nesse sentido, que haja a quebra de vínculos familiares por decisões unilaterais de um dos genitores (DEL'OLMO, 2015, p. 746).

Nessa perspectiva, a Convenção prevê que há duas hipóteses a serem consideradas para classificar como ilícita a retenção ou subtração, em seu artigo 3º: (a) violação ao direito de guarda de pessoa, instituição ou qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou retenção; e (b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido (BRASIL, 2000).

Pela redação, nota-se que foi adotado o princípio da residência habitual, havendo preferência por um termo que fosse eminentemente prático, já que o conceito de domicílio, utilizado pelas legislações de vários Estados, entre os quais o Brasil, para fixação da competência jurisdicional internacional, é um conceito que pode gerar maior polêmica. A Convenção, no entanto, omite-se acerca do conceito de residência habitual (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2019).

O Código Civil brasileiro optou pelo conceito de domicílio como o local irradiador dos direitos relativos ao Estado e à personalidade, definindo-o como o lugar em que a pessoa natural estabelece a sua residência com ânimo definitivo, como dispõe o art. 70. O CC/2002 também afirma, no artigo 76, que os menores de idade possuem domicílio necessário, sendo este o mesmo dos seus pais ou representantes (BRASIL, 2002).

Apesar de o Brasil adotar esse conceito de domicílio, o que pode sugerir um distanciamento do princípio da residência habitual, Messere entende que o conceito de residência habitual é simples e não-técnico, que deve ser aplicado aos fatos trazidos a conhecimento do intérprete, sem os inconvenientes do conceito jurídico de domicílio.

Também se relaciona ao tempo, pois é empregado ora em relação a um intervalo de tempo, como quando se avalia o decurso de um ano de residência habitual em determinado Estado, ora em relação a um determinado instante de tempo, como quando se procura esclarecer se havia residência habitual no instante em que a criança foi transferida do Estado requerente (MESSERE, 2005, p. 92-93 *apud* LOGRADO, 2013, p. 15).

Em uma concepção que busca evitar polêmicas entre as nomenclaturas (residência e domicílio) dos países signatários da Convenção, Del'Olmo entende que se optou pela praticidade, determinando-se como elemento de conexão, para a análise do pedido de cooperação jurídica internacional, a residência habitual, ou seja, o local onde a criança/adolescente estava morando antes de ocorrer a transferência ou retenção irregular. Isto porque existem vínculos mais fortes com o local de residência habitual, onde se situa a sua escola e onde a criança se familiariza com diferentes aspectos locais, como língua, cultura e sociedade (DEL'OLMO, 2015, p. 747-748).

O artigo 13 prevê exceções ao princípio do retorno imediato, como a ausência do direito de guarda; risco grave de perigos com a volta ou de situação intolerável; ou se a criança já atingiu idade e grau de maturidade apropriados. O artigo 20, por sua vez, prevê que o retorno da criança pode ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (BRASIL, 2000).

Nesse ponto, destaca-se que alguns defendem que a função primordial da Convenção de Haia é coibir o sequestro internacional, interpretando de maneira restritiva as exceções ao retorno imediato. Por outro lado, há aqueles que afirmam ser o objetivo primordial da Convenção de Haia resguardar o melhor interesse da criança, daí por que sua aplicação deve ser reduzida às hipóteses em que ficar demonstrado que o melhor para a criança é o seu retorno (BASSO, 2019, p. 282).

Para Basso, o retorno do menor de idade (ao país onde a família teve no passado sua residência) raramente é o melhor para a criança, devendo-se atentar para o fato de que, mesmo os defensores da primeira corrente entendem pela aplicação irrestrita da Convenção, especialmente nos casos em que a criança fica privada do convívio do genitor responsável pelos cuidados diários quando do retorno ao país do qual a criança foi subtraída (BASSO, 2019, p. 282).

No Brasil, a Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças somente entrou em vigor a partir do ano 2000, através do Decreto nº 3.413/2000 (BRASIL, 2000).

Conforme destaca Basso (2019, p. 285), a aplicação da Convenção de Haia, no Brasil, é tema que gera bastante dissenso, tendo em vista a conformidade ou não de seus dispositivos com os princípios constitucionais brasileiros. Como exemplo da discordância em relação ao tema em território brasileiro, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245 (ADI/4245)<sup>86</sup>, impetrada em 2009 pelo partido político Democratas, visando à declaração parcial de inconstitucionalidade dos arts. 1º "a"; 3º; 7º, *caput* e alínea "f"; 11; 12; 13, "b"; 15; 16; 17; 18 e 21 da Convenção de Haia de 1980.

A ADI sustenta, em síntese, a falta de sistematicidade do texto da Convenção, o que conduz a interpretações equivocadas e que comprometem o preceito fundamental da Constituição Federal de garantir o melhor interesse do menor. O argumento central é o de que a Convenção parte de uma presunção de que a devolução da criança ao país de origem lhe seria benéfica, quando, na realidade, somente seria possível chegar a tal conclusão analisando caso a caso. Como argumento para afastar a presunção quanto aos benefícios do retorno, citou-se o próprio o texto da Convenção, que, em seu art. 13, prevê as hipóteses de exceção ao retorno quando há um risco ao interesse e proteção do menor. Desse modo, conforme se lê da petição inicial do partido Democratas, sustenta-se a tese de que:

(...) a ordem de "retorno imediato" do menor (arts. 1º, 7º; *caput*, e 18), bem como a adoção de medidas de urgência (art. 11), não podem ser compreendidas como regras absolutas, a serem sempre e impreterivelmente perseguidas pelo aplicador da Convenção (...). Embora o retorno imediato da criança constitua relevante objetivo da Convenção, deve ser sempre avaliada a compatibilidade deste comando, caso a caso, com as normas e princípios contidos na Lei Maior, consideradas as peculiaridades da situação concreta. Em outras palavras, faz-se necessária a filtragem constitucional dos dispositivos, de modo a se alcançar uma decisão que efetivamente atenda ao objetivo primordial de proteção dos direitos da criança<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Os autos do processo referente à ADI nº 4245 estão disponíveis para consulta pública no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. As informações relatadas e os trechos das peças processuais citados no presente artigo foram extraídos dos autos digitalizados e disponibilizados. Para acessá-los em sua integridade, consultar:  
<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2679600>>. Acesso: 22 set. 2020.

<sup>87</sup> A petição do Democratas-DEM relativa a ADI/4245 está integralmente disponível no sítio eletrônico do STF:  
<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2679600>>. Acesso: 22 set. 2020.

Em 2019, por ocasião do julgamento do recente REsp nº 1.788.601-SP (2018/0309092-8), de relatoria do Ministro Herman Benjamin, o STJ entendeu que a Convenção tem como um núcleo central o retorno imediato ao Estado de residência habitual do menor subtraído ilicitamente.

O julgado, porém, assevera que é preciso cautela ao interpretar a exceção postulada pelo art. 13, "b" da Convenção:

O risco caracterizador dessa hipótese excepcional deve ser "grave" e satisfatoriamente comprovado in concreto, incumbindo o ônus inteiramente ao genitor-infrator. São insuficientes as alegações genéricas ou veículo, aberto ou disfarçado, de preconceito, clichê ou ufanismo nacionalista. Logo, o retorno do menor e a inevitável separação do genitor-infrator não configuram, de maneira automática, a exceção referida na Convenção, que deve ser interpretada restritivamente, evitando-se sua banalização e o consequente esvaziamento, pela porta dos fundos, do tratado em si. (REsp 1788601/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 30/10/2019).

Em relação ao procedimento judicial adotado no Brasil, Maristela Basso (2019, p. 286) critica as decisões de primeiro grau que determinam o retorno imediato da criança ao país de origem. Segundo a autora, há uma confusão, por parte dos juízes, entre o "retorno imediato" previsto da Convenção de Haia e a figura da "tutela antecipada" prevista do Código de Processo Civil. Basso pontua que o procedimento do "retorno imediato" somente deve acontecer diante de uma decisão da qual não se pode mais recorrer, não sendo possível, desse modo, a antecipação da tutela em primeira instância.

Tal posicionamento afigura-se como coerente, tendo em vista que, caso fosse possível antecipar a tutela e promover o retorno imediato já em primeira instância, o menor ficaria sujeito ao desgaste emocional de novos deslocamentos e novas configurações familiares ao longo do processo. Assim, compreender que o "retorno imediato" deve ser implementado após superadas as possibilidades de reforma se alinha ao princípio do melhor interesse da criança. É de se notar, no entanto, que assumir tal postura possui uma implicação prática que contraria o objetivo Convenção. Afinal, dentro do Judiciário brasileiro, o tempo entre o pedido de retorno imediato e a última decisão costuma ser longo. Dessa forma, o transcorrer dos anos durante o processamento do caso pelos Tribunais compromete o retorno previsto pela Convenção, pois o lapso temporal passa a ser utilizado pelos próprios Tribunais como fundamentação para manter o menor no Brasil (WAIDE, 2011, p. 293).

## 2. O CASO SEAN GOLDMAN

Sean Goldman é filho de mãe brasileira e pai estadunidense, casados nos Estados Unidos da América, os quais mantinham domicílio conjugal no estado de Nova Jersey, onde nasceu Sean.

Quando este estava com quatro anos de idade, o garoto viajou de férias ao Brasil, autorizado pelo pai. Em ato contínuo, a mãe unilateralmente decidiu permanecer com o menor no Brasil, local em que ajuizou ação de divórcio contra o então marido, tendo requerido concomitantemente a guarda do filho. Insatisfeito, o genitor buscou meios de reaver a guarda de Sean. No meio tempo, a mãe veio a falecer, tendo o menino ficado com o padrasto, brasileiro, que também acabou pleiteando sua guarda. Por decisão judicial e após uma série de imbróglis, Sean acabou retornando aos Estados Unidos, o que deu início a mais uma série de litígios envolvendo sua família materna.

A primeira decisão da Justiça norte-americana foi proferida de forma favorável ao genitor, uma vez que os Estados Unidos se tratavam de local da residência habitual da criança. Em posse dessa decisão, David Goldman denunciou a retenção ilegal de Sean ao Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, seguindo o procedimento determinado pela Convenção de Haia.

Todavia, não houve cumprimento da decisão, de modo que o genitor acionou a justiça brasileira, com pedidos improcedentes, tendo em vista que, pelo tempo decorrido entre a vinda do menino ao Brasil e o julgamento da ação, o menor já teria se adaptado ao convívio neste País, de maneira que sua volta aos Estados Unidos sem a presença da genitora poderia causar danos psicológicos.

Em agosto de 2008, com o falecimento da mãe, o genitor tenta reaver a guarda de seu filho, porém, lhe foi impossibilitada, já que seu padrasto havia ingressado com pedido de guarda judicial, com base na parentalidade socioafetiva.

Diante de tal decisão, o genitor da criança realizou notificação à Autoridade Central estadunidense. Enviado o caso à Secretaria de Estado de Direitos Humanos (SEDH) e acionada a Advocacia Geral da União para demandar a restituição da guarda do menor, o juízo concedeu liminarmente o pedido subsidiário da União, fixando visitação provisória de David a Sean (MENDES, 2015, p. 35-40).

Foram, ainda, impetrados *Habeas Corpus* às instâncias superiores. O Min. Marco Aurélio determinou, liminarmente, a suspensão da eficácia do acórdão proferido pelo TRF-2, na Apelação nº 2008.51.01.018422-0, que determinou a entrega do menor ao Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro, em 48 horas (CARDOSO, 2009).



Informou o Ministro que, com base em laudo pericial, o menor “não está apto a decidir sobre o que realmente deseja, seja pelas limitações de maturidade inerentes à sua tenra idade, seja pela fragilidade de seu estado emocional, seja, ainda, pelo fato de já estar submetido a processo de alienação parental por parte da família brasileira. Sem razão, pois, o apelante, na medida em que o preceito normativo condiciona a possibilidade de se levar em conta a opinião da criança à efetiva demonstração de que esta tenha discernimento para tanto, o que não ocorre no caso dos autos, na linha do que concluiu o referido laudo pericial” (BRASIL, 2009).

A decisão Min. Gilmar Mendes, para uma corrente, não foi no mesmo sentido do que dispõe o art. 16 da Convenção de Haia, pois o julgador considerou válidas as decisões proferidas pela justiça brasileira. Segundo essa lógica, se fosse seguido à risca o que dita o art. 16 da Convenção, as decisões brasileiras teriam sido anuladas em razão da incompetência absoluta (VENDRUSCOLO, 2011, p. 82).

Em 2013, a avó materna conseguiu autorização de visita no Judiciário de New Jersey (DEL’OLMO, 2015, p. 767).

A propagação do caso Sean Goldman em grandes veículos de mídia, tanto no Brasil quanto no exterior, contribuiu para a grande repercussão do caso. Contudo, a polêmica não ficou adstrita ao âmbito jornalístico, causando um grande engajamento político pelos líderes brasileiros e norte-americanos.

Senadores estadunidenses escreveram ao Presidente da República, solicitando a sua colaboração com o caso (BRING SEAN HOME, 2009). Esforços também foram realizados pela Secretária de Estado americana da época, Hillary Clinton e pelo Presidente Barack Obama.

A repercussão do caso chegou bastante próxima de causar acidentes diplomáticos entre os dois países, tendo em vista que muitos entenderam que o Brasil estava decidindo a favor da família brasileira pelo seu poder econômico e por puro patriotismo, chegando ao ponto de violar uma Convenção internacional.

## **CONCLUSÃO**

Embora seja recorrente a prática de subtração de menores, o caso escolhido para objeto desta análise teve notória relevância, em virtude, sobretudo, da atenção midiática. Nesse sentido, em sendo acontecimento de repercussão substancial, os holofotes ocasionam, inclusive, um maior interesse dos operadores do direito em atribuírem à conjuntura uma solução mais ajustada.

Em virtude da intervenção política de dirigentes americanos, do poder aquisitivo dos envolvidos na situação e do destaque que a imprensa atribuiu à subtração de Sean, após cinco anos de litigância jurídica, a criança foi enviada aos Estados Unidos, sendo esse o desfecho fático da problemática.

No âmbito jurídico, contudo, ainda há dúvidas quanto à posição que o Brasil deveria adotar perante a Convenção de Haia. Se, por um lado o desfecho do caso Sean Goldman foi considerado um passo para romper a tradição de não-cooperação do Brasil com a Convenção (WAIDE, 2011, p. 300), ainda há muitas preocupações sobre os riscos graves à criança e sobre a aplicação da Convenção de Haia em detrimento da Constituição Federal ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (BASSO, 2019, p. 285).

Assim, embora haja a necessidade, no plano dos fatos, de se atribuir uma solução pragmática à questão, sobretudo em razão do correr cronológico, no panorama do dever-ser, existem controvérsias sobre o desenlace aqui narrado.

## REFERÊNCIAS

ACAF encerra 2018 com 98 pedidos de cooperação jurídica internacional e retorno de 15 crianças para o Brasil. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, 10 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1547126079.94>>. Acesso em: 26 set. 2020.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [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: 23 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Cartilha sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2016, p.26. Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/no-externo/subtracao-internacional-de-menores>>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1788601/SP**. Recorrentes: C. B. e União. Recorrido: K. C. F. Relator: Min. Herman Benjamin. 19/09/2019. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201803090928&dt\\_publicacao=30/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803090928&dt_publicacao=30/10/2019)>. Acesso: 22 set. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1605477 / RS**. Recorrente: S L DA C Z. Recorrido: J R P. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 21/06/2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600611909&dt\\_publicacao=27/06/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600611909&dt_publicacao=27/06/2016)>. Acesso: 27 set. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI/4245**. Requerente: Democratas - DEM. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Roberto Barroso. 29/05/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2679600>>. Acesso: 22 set. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Comentários à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso: 24 set. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar em Mandado de Segurança nº 28.524/DF**. Impetrante: União Federal. Impetrado: Relator do HC nº 101.985/RJ (Min. Marco Aurélio). Relator: Min. Marco Aurélio. Presidente: Min. Gilmar Mendes. 22/12/2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-gilmar-mendes-autorizacao-entrega.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRING SEAN HOME FOUNDATION. **Lautenberg, Menendez call on Brazilian President to take action**. Disponível em: <<http://bringseanhome.org/goldman-case/u-s-government-action/lautenberg-menendez-call-on-brazilian-president-to-take-action/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

CARDOSO, Maurício. **STF cassa liminar e Sean viaja com o pai para EUA**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-22/gilmar-mendes-cassa-liminar-autorizacao-viagem-sean-eua-pai>>. Acesso em: 27 set. 2020.

CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CÍVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. Disponível em: <[https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/onu/convencao\\_haia\\_sequestro\\_internacional.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/onu/convencao_haia_sequestro_internacional.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2020.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Subtração internacional de crianças à luz do caso Sean Goldman. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F., vol. XV, 2015, p. 739-772, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LOGRADO, Bárbara Capellato. **Análise do conflito legal internacional sobre o superior interesse da criança e a Convenção de Haia**: estudo da disputa pela guarda do menino Sean Goldman. 2013. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2013.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. A inviabilidade da redução da idade penal: o empoderamento da população a partir da realidade brasileira. In: MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; OLIVEIRA, Luciano; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca (Org.). **Para além do código de Hamurabi**: estudos sociojurídicos. Recife: ALID, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

MENDES, Paula de Franco da Costa. **A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**: análise do caso Sean Goldman. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Subtração Internacional de Crianças e Adolescentes**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional#:~:text=A%20subtra%C3%A7%C3%A3o%20internacional%20de%20crian%C3%A7as,respons%C3%A1veis%20legais%20ou%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20judicial.>>. Acesso em: 25 set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Convenção de Haia - Sequestro Internacional de Crianças (1980)**. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1362.html>>. Acesso em: 23 set. 2020.

VENDRUSCOLO, Aline Maria Fernandes. **Sequestro internacional de crianças e o princípio do melhor interesse da criança**. 2011. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2011.

UNICEF. **Legislações, normativas, documentos e declarações**. Disponível em: <<http://www.scj.pe.gov.br/scjpe/sites/all/themes/zentropy/pdf/legislacao/Declaracao%20Direitos%20Crianca%20Genebra%201924.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2020.

WAIDE, Amanda Michelle. To comply or not to comply? Brazil's relationship with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, vol. 39, n. 1, p. 271-301, 2011.

## **A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E A GARANTIA À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

**MARTA SCHWANCK FERNANDES:**

Pós graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada.

**Resumo:** Este trabalho visa avaliar a legalidade da coleta de material biológico para fins de investigação criminal frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação e da presunção de inocência. Primeiramente, analisou-se o conceito de coleta de material genético, a evolução histórica dos métodos de identificação criminal, bem como fez-se uma análise breve do tema à luz do direito comparado. Após, foi realizada uma abordagem acerca das leis que já trataram sobre o tema no Brasil, dando ênfase à Lei nº. 12.654/2012 que inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a identificação criminal pelo DNA. No último capítulo do trabalho debateu-se a constitucionalidade do método, ponderando o tema com os princípios e garantias fundamentais resguardados pela Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência. O trabalho foi desenvolvido com base em diferentes métodos de estudo. A pesquisa utilizou-se do método dedutivo, tem caráter qualitativo e usou como técnicas a pesquisa documental e bibliográfica. O presente trabalho se mostra atual, uma vez que constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação criminal é alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Coleta de material biológico. Identificação criminal. Constitucionalidade.

### **INTRODUÇÃO**

A palavra identificação significa reconhecer, individualizar uma pessoa ou coisa. Ato essencial no processo penal, a identificação correta do indivíduo que praticou determinado crime traz consigo a segurança jurídica que a sociedade como um todo espera, pois acarreta a justa aplicação do direito penal.

A identificação criminal pelo DNA é uma técnica já utilizada em diversos países do mundo. Considera-se que a medida é praticamente infalível, bem como seu uso facilita a intercomunicação das informações entre os órgãos que buscam a solução de crimes. Os Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Dinamarca, Noruega, Alemanha, Itália são exemplos de países que utilizam a identificação criminal com base no perfil genético.

Apesar de ser um tema passível de debate, o método é considerado eficaz pelos países que o utilizam. A Lei nº. 12.654/2012 trouxe ao Brasil a identificação criminal com base na coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, ocasionando inúmeras modificações ao processo penal brasileiro, tendo em vista que alterou dispositivos de duas leis distintas, a Lei nº. 12.037/2009 que prevê a identificação criminal dos civilmente identificados, e a Lei nº. 7.210/1984 que instituiu a Execução Penal no Brasil.

Algumas das modificações ocasionadas pela promulgação da Lei nº. 12.654/2012 foi a obrigatoriedade do sujeito (investigado e apenado, a depender do caso) fornecer seu material biológico para fins de identificação. Em havendo recusa de sua parte, a Lei permite a extração compulsória.

O presente trabalho tem por fim, portanto, analisar esta situação em que há a recusa do imputado em fornecer seu material biológico, e a consequente coleta compulsória, bem como discutir a constitucionalidade da medida frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, da garantia à não autoincriminação e do princípio da presunção de inocência.

Não se tem por objetivo exaurir o tema, que é polêmico e moderno. Deste modo, o objetivo deste trabalho é analisar a coleta de material biológico compulsória frente aos princípios e garantias constitucionais, buscando alternativas que permitam a aplicação da medida sem desrespeitá-los.

Assim, esse trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo foi realizado um breve estudo sobre o conceito da coleta de material biológico, apontando as hipóteses em que a coleta poderá ocorrer com base nos dispositivos legais que disciplinam a matéria. Ainda, no capítulo inicial foi feita a evolução histórica dos métodos de identificação, passando pelas diversas modalidades já existentes e as suas finalidades distintas ao longo dos anos. Após, analisou-se o panorama mundial da coleta de material biológico para fins de identificação por meio do perfil genético, apontando de maneira breve os países que utilizam este método de identificação criminal.

No segundo capítulo fez-se um apanhado das diversas leis que já disciplinaram a identificação criminal no Brasil, passando primeiramente pelo Código de Processo Penal, depois pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei que regulava o Crime Organizado, depois pelas Leis 9.034/1995, 10.054/2000, 12.037/2009 e, por fim, pela Lei 12.654/2012 que instituiu a identificação criminal pelo DNA no Brasil.

No terceiro capítulo foi realizada uma abordagem sobre direitos e garantias fundamentais, bem como analisou-se a constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação criminal à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da

garantia à não autoincriminação, bem como do princípio da presunção de inocência, com o fim de verificar se o método estudado respeita ou não as garantias e princípios constitucionalmente assegurados.

O trabalho foi desenvolvido com base em diversos métodos de estudo distintos. A pesquisa utiliza-se do método dedutivo, tem caráter qualitativo e usou como técnicas a pesquisa documental e bibliográfica.

O presente trabalho se mostra atual, uma vez que constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação criminal é alvo de grande discussão doutrinária e jurisprudencial, principalmente quando há recusa do sujeito em fornecer o material a fim de possibilitar sua identificação criminal.

## **1. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO**

### **1.1 CONCEITO**

A coleta de material genético consiste na intervenção corporal no acusado para obtenção de provas, as quais podem ser classificadas em invasivas e não invasivas.

São consideradas invasivas as intervenções corporais que necessariamente implicam penetração no corpo do indivíduo que a ela se submete, através de utensílios ou substâncias, em cavidades naturais ou não, como por exemplo os exames realizados com o sangue, com a saliva, com a urina, a endoscopia, os exames ginecológicos etc.<sup>88</sup>

Já as provas que não violam a intimidade e a integridade física do sujeito são consideradas não invasivas, pois são realizadas com material descartado pelo indivíduo. A pessoa não está sendo obrigada a produzir provas contra si mesma, já que em nada contribui para o exame, ou seja, a perícia é feita sem sua colaboração.<sup>89</sup>

Compreendem exames periciais como: exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo e pelos, identificações datiloscópicas de impressões dos pés, das mãos, das unhas, exames de matérias fecais encontradas no local do crime etc.<sup>90</sup>

---

88 QUEJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 245.

89 CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Prova Científica: Exame Pericial do DNA**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007. p. 101.

90 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 106.



Somente com a edição da Lei nº. 12.654/2012 é que a coleta de DNA para fins de identificação criminal foi inserida no nosso sistema normativo, sendo alvo de posições contraditórias, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Ainda, a Lei nº. 12.654/2012 prevê que no momento da extração deve-se utilizar de técnica adequada e indolor, que garanta o mínimo de exposição possível do indivíduo, visto que a simples submissão à coleta através de meio invasivo envolve direitos e garantias constitucionalmente assegurados, como a garantia à não autoincriminação e os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.<sup>91</sup>

A identificação papiloscópica, utilizada juntamente com os meios ordinários de identificação civil (carteira de identidade, carteira de trabalho, passaporte e demais documentos públicos que permitam a identificação, conforme prevê o artigo 2º da Lei nº. 12.037/2009), passou a ser considerada um meio duvidoso, podendo ser modificada ou apagada por meio de cirurgia ou ação do tempo. Deste modo, surgiu a possibilidade de as autoridades utilizarem-se da genética forense, "área que trata da utilização dos conhecimentos e das técnicas de genética e de biologia molecular no auxílio à justiça"<sup>92,93</sup>

Assim, a utilização do DNA como meio de identificação criminal vem sendo considerada muito superior às demais técnicas preexistentes de medicina forense. Além da possibilidade de o DNA ser localizado em todos os fluidos e tecidos biológicos, estudos dos polimorfismos de DNA (regiões do genoma nas quais existem variações entre pessoas sadias) possibilitam a construção de uma identidade genética única de cada ser humano.<sup>94</sup>

Ainda bastante controversa, a medida de coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético poderá ser realizada em duas situações distintas, considerando que alterou dispositivos da Lei nº. 12.037/2009 e da Lei nº. 7.210/1984. Portanto,

---

91 Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

92 CUNHA, Rogério Sanches, Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?). **Jusbrasil**. 2012. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

93 CUNHA, loc. cit.

94 AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. **Jurisway**. 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7872](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7872)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

preenchidos os requisitos das leis citadas, a extração poderá ocorrer tanto na fase investigatória, quanto após a condenação definitiva, conforme será visto adiante.

## 1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde os primórdios busca-se estabelecer um meio capaz de diferenciar os sujeitos entre si, individualizando-os, a fim de se determinar uma identidade pessoal. Historicamente, foram criados diversos métodos na tentativa de promover a identificação dos indivíduos. Havia a necessidade de se individualizar por motivos variados, como a determinação de propriedades sobre animais, escravos, objetos pessoais etc. O nome, o ferrete, a mutilação, arcada dentária e a fotografia eram alguns dos métodos utilizados para este fim. Contudo, frente às necessidades da vida moderna, foram criadas técnicas que trouxeram uma identificação mais rápida, segura e eficaz.<sup>95</sup>

Foi quando o francês Alphonse Bertillon, visando eliminar técnicas desumanas de identificação, criou em 1879, uma técnica denominada antropometria, que se baseava na estrutura e nas medidas do corpo humano para estabelecer uma identidade. Esse conjunto de medidas era somado, dividido, multiplicado, numa equação cujo resultado era um número. E esse seria o número do indivíduo, por meio do qual ele seria reconhecível mesmo que deixasse a barba crescer, ou tingisse o cabelo. Suas medidas não mudariam, portanto, seu número de identificação também não.<sup>96</sup> Sua tese também utilizava as impressões digitais como um “plus” no momento da identificação.

O método antropométrico trouxe uma grande contribuição e avanço às formas de identificação criminal, visto que a fotografia do suspeito passou a ser agregada ao inquérito policial, além de ser o primeiro método de identificação criminal que buscou realizar análises, comparando as variáveis questionadas, que possibilitaram a aplicação de métodos científicos no âmbito da identificação criminal.<sup>97</sup> O sistema de Bertillon foi adotado

95 ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. Histórico dos processos de identificação. Instituto de Identificação. Disponível em: <[http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico\\_processos.pdf](http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2015.

96 GRECO, Alessandro. Impressão digital: assinatura do crime. **Guia do estudante**. 01 maio 2005. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/impressao-digital-assinatura-crime-434121.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

97 FILHO, Adalberto Salvador Noronha. **Direitos humanos fundamentais e a evolução da identificação criminal: da mutilação ao perfil genético**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

oficialmente pela Polícia de Paris em 1882 e, posteriormente, por toda a França, Europa e o resto do mundo (no Brasil em 1894).<sup>98</sup>

Em 1896, a Argentina passou a utilizar o sistema papiloscópico, trocando o método antropométrico de Bertillon. O método mencionado se baseia no resultado que as papilas dérmicas produzem na epiderme, denominado cristas papilares. Alguns princípios circundam o sistema papiloscópico, como a variabilidade, que consiste na propriedade dos desenhos papilares serem diferentes de pessoa para pessoa; a imutabilidade; a perenidade etc.<sup>99</sup>

Harold Cummins, algum tempo depois, veio a ser conhecido como o “pai da dermatoglifia”, termo utilizado para descrever o estudo das cristas papilares encontradas nos dedos das mãos e pés. A partir desse momento foi criada a datiloscopia. O argentino Francisco Latzina foi quem concebeu o termo em análise, com a publicação do artigo “Reminiscências platenses”, em 08 de janeiro de 1894. Para o antropólogo Juan Vucetich, trata-se da “ciência que se propõe à identificação da pessoa fisicamente, considerada por meio das impressões físicas dos desenhos formados pelas cristas papilares nas polpas dos dedos das mãos”.<sup>100</sup>

As impressões digitais são utilizadas como meio de identificação desde nossos antepassados. Segundo Marcos Elias Cláudio de Araújo,

A primeira vez na história que se tem notícia do uso de impressões digitais para identificar positivamente uma pessoa foi no século II a.C., onde governantes chineses usavam-nas para lacrar documentos importantes.<sup>101</sup>

Contudo, apenas em 1664 é que as impressões digitais passaram a ser estudadas de forma científica, por obra do médico italiano Marcello Malpighi, que também foi responsável pela identificação das papilas gustativas. Sua pesquisa tinha o objetivo de

---

98 Papiloscopia. História da identificação e seus personagens. Disponível em: <<http://www.papiloscopia.com.br/historia.html>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

99 ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. Histórico dos processos de identificação. **Instituto de identificação.** Disponível em: <[http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico\\_processos.pdf](http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2015.

100 ARAÚJO, loc. cit.

101 ARAÚJO, loc. cit.

classificar e descrever as impressões digitais, o que facilitaria a identificação dos indivíduos para fins investigatórios.<sup>102</sup>

Houve muitos outros pesquisadores que se dedicaram à pesquisa relacionada às papilas dérmicas, como Prochaska, Johannes Evangelist Purkinje, Vucetich e Willian Herschel, porém foi aproximadamente em 1870 que o primeiro crime foi desvendado utilizando-se das impressões digitais deixadas no local, com auxílio do médico escocês Henry Faulds.<sup>103</sup>

Todavia, com a evolução global, os processos de identificação também se desenvolveram, coexistindo com o processo datiloscópico anteriormente abordado, considerando que o DNA "fingerprint" revolucionou a análise dos métodos de identificação já existentes. <sup>104</sup>

Em 1985, na Inglaterra, ocorreu o primeiro caso de identificação criminal através de amostras de DNA. No pequeno vilarejo de Enderby, duas meninas foram estupradas e mortas. Um suspeito foi preso e confessou a morte de apenas uma das vítimas. Foi quando Alec Jeffreys, geneticista que ali residia, colheu o sêmen encontrado nas vítimas, repassando às autoridades policiais com o fim de provar a culpa do suspeito em ambas as mortes, porém, para a surpresa de todos, o sujeito foi considerado inocente das acusações dos dois casos. Houve, então, a coleta de material biológico de toda a população masculina da vila, cruzando-se com as amostras colhidas das duas vítimas. Nenhuma combinação foi encontrada, até que Colin Pitchfork alegou ter persuadido um amigo seu a dar uma amostra em seu nome. Foi quando o caso foi resolvido.<sup>105</sup>

A tecnologia utilizada para desvendar o caso Pitchfork hoje tornou-se obsoleta, tendo em vista que as técnicas de identificação dos indivíduos através de seu material biológico foram aprimoradas e simplificadas. O surgimento da ciência forense trouxe à justiça uma importante ferramenta, pois o fornecimento de informações precisas tornou-se fundamental para uma investigação criminal mais eficaz. A prova de DNA trazida ao

---

102 Associação dos papiloscopistas policiais do estado de Goiás – APPEGO. A Datiloscopia e a datilograma. Disponível em: <<http://www.appego.com.br/papiloscopistas-goias/35-a-datiloscopia-e-a-datilograma>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

103 ARAÚJO, op. cit

104 ARAÚJO, loc. cit.

105 University of Leicester. The history of genetic fingerprinting. Disponível em: <<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/history-gf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

processo tende ao esclarecimento da autoria de um crime, propiciando mais certeza e efetividade na atividade investigatória, e, conseqüentemente, na atividade punitiva do Estado. 106

Nos Estados Unidos, afirma-se que na década de noventa até 2004, foi possível realizar a identificação de dezenove mil suspeitos.<sup>107</sup> No Reino Unido, existe um banco de dados com 2,5 milhões de perfis genéticos de criminosos, sendo uma ferramenta poderosa na luta diária contra a violência.<sup>108</sup>

### 1.3 PANORAMA MUNDIAL

A coleta de material genético como método de identificação vem sendo, em todo o mundo, cada vez mais utilizada, sendo considerada um método seguro e certo, tanto para a identificação civil, quanto para a criminal.

Os bancos de perfis genéticos são os bancos de dados que visam o armazenamento de informações genéticas dos sujeitos, adquiridas de maneira voluntária ou compulsória, e também as coletadas nas cenas de crimes.

Segundo Bruno Torquato de Oliveira Naves,

Legislações recentes foram criadas com a finalidade de estabelecer regras de funcionamento e princípios desses biobancos: na Inglaterra (1995), na Irlanda do Norte e Escócia (1996), nos Países Baixos e na Áustria (1997), na Alemanha e Eslovênia (1998), na Finlândia e Noruega (1999), na Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária (2000), em França e na República Checa (2001), na Bélgica, Estônia, Lituânia e Eslováquia (2002), Hungria e Letônia (2003). Portugal

---

106 University of Leicester, loc. cit.

107 CARVALHO, Gisele Mendes de; CORAZZA, Tháís Aline Mazetto. Direito à intimidade genética e os bancos de perfis criminais (Lei 12.654/2012): Análise crítica à luz da bioética. **Publica direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5fd2524092de9576>>. Acesso em: 01 set. 2015.

108 University of Leicester. The history of genetic fingerprinting. Disponível em: <<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/history-gf>>. Acesso em: 01 set. 2015.

promulgou a Lei do Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN (2007). 109

O sistema *CODIS* (Combined DNA Index System) utilizado nos Estados Unidos, adveio de um projeto do ano 1990 que servia apenas 14 laboratórios locais e estaduais. O Ato de Identificação de DNA fora formalizado em 1994 pelo FBI e estabeleceu o sistema NDIS (Sistema Nacional de DNA), sendo atualmente o maior exemplo de banco de dados de perfis genéticos no mundo. Sua função é armazenar os dados coletados nas cenas de crimes para uma futura combinação. Uma vez que esta é detectada, o laboratório envolvido troca a informação para verificar a autenticidade da combinação. As autoridades policiais podem utilizar-se da documentação trocada entre os laboratórios e o sistema *CODIS* para obtenção de uma ordem judicial para coleta compulsória de material biológico do suspeito. Uma nova análise é realizada, agora com a amostra colhida diretamente do sujeito, podendo ser utilizada na Corte, a depender do resultado obtido.<sup>110</sup>

O Sistema Nacional de DNA (NDIS) faz parte do *CODIS* e contém os perfis genéticos em nível nacional, estadual e local dos laboratórios forenses. Com base nos dados extraídos do site do FBI, o programa contém mais de 11.822,927 perfis de ofensores (condenados e detentos), 2.028,734 perfis de presos e 638,162 perfis forenses contados até junho de 2015. Ainda, os dados mostram que o *CODIS* auxiliou na combinação de 288,298 perfis genéticos em mais de 274,648 investigações, bem como mais de 25 países utilizam o software para seus próprios bancos de dados. 111

O *CODIS* não permite acesso às informações particulares dos que ali estão cadastrados, visto que tal violação atinge diretamente o direito à privacidade dos indivíduos. Somente as agências de justiça criminal possuem acesso. Frisa-se, ainda, que as informações genéticas armazenadas no banco de dados só serão retiradas do mesmo

---

109 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos.** Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 145.

110 Federal Bureau of Investigation. CODIS. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>>. Acesso em: 02 set. 2015.

111 Federal Bureau of Investigation, loc. cit.

com a apresentação de uma cópia autenticada, transitada em julgado, da ordem judicial cuja condenação foi anulada, ou o Réu absolvido.<sup>112</sup>

No âmbito da União Europeia a identificação criminal também encontra respaldo legal nas Decisões-Quadro 2008/615/JAI, 2008/616/JAI e 2008/977/JAI e na Diretiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995.<sup>113</sup> Esta diretiva diz respeito à proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação destes dados.

Em 1997, o Conselho da Europa aprovou a Recomendação n.º 15, a qual passou a autorizar seus Estados a criarem bancos de dados nacionais, devendo, contudo, serem respeitados os dados pessoais e os direitos fundamentais dos indivíduos.<sup>114</sup> Para a referida Recomendação, constituem dados genéticos todos os tipos de dados que digam respeito a características hereditárias do indivíduo ou que sejam relacionadas àquelas características que constituem o patrimônio de um grupo de indivíduos.<sup>115</sup>

A falta de padronização dos diversos sistemas existentes acabava por dificultar o intercâmbio de informações entre os países europeus. Foi quando em outubro de 1998 o *European DNA Profiling Group* (EDNAP) foi criado por um grupo de cientistas europeus, tudo com o fim de padronizar o sistema e a troca de dados entre os laboratórios.<sup>116</sup>

---

112 ENZO, Alexandre. et al. O uso de perfis genéticos para fins de prevenção criminal. **Direito Unifacs – Debate virtual**. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2048>>. Acesso em: 01 set. 2015.

113 ANSELMO, Marcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Conjur**. 02 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 01 set. 2015.

114 ANSELMO, Marcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Conjur**. 02 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 01 set. 2015.

115 Recommendation n.º R (87) 15. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec\\_1987\\_15.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2015.

116 WILLUWEIT, Sascha. History of EDNAP. **Ednap**. 2009. Disponível em: <<http://www.isfg.org/EDNAP/History>>. Acesso em: 02 set. 2015.

Desde 2004 uma parceria vem sendo realizada entre o EDNAP e a equipe de DNA do *European Network of Forensic Science Institute* (ENFSI), proporcionando uma intensa troca de informações entre os dois programas.<sup>117</sup>

Outro tratado foi assinado por países membros da União Europeia em 27 de maio de 2005. O Tratado de Prum visa a coordenação e o intercâmbio de informações entre os países membros, relativamente aos dados sobre ADN, impressões digitais, registo de veículos e dados pessoais e não pessoais no âmbito da cooperação policial transfronteiriça.<sup>118</sup>

O Reino Unido deu início ao seu banco de dados em 1995, criando o *United Kingdom National DNA Database* (NDNAD), que concedeu às autoridades policiais a possibilidade de armazenar informações genéticas de criminosos condenados. Em 2004, a lei que instituiu o banco de dados foi alterada, permitindo também o armazenamento de dados biológicos de qualquer sujeito que havia sido indiciado e recolhido na delegacia de polícia. Segundo a *BBC News*, até maio de 2009, o banco de dados contava com aproximadamente 6 milhões de perfis, sendo adicionados por mês cerca de 30.000 dados. Ademais, o banco proporciona 3.500 combinações mensais. Também há o registo de que, entre abril de 1998 e setembro de 2009, houve aproximadamente 410.000 combinações relacionadas à crimes diversos, sendo que entre 2007 e 2008 foram desvendados 83 assassinatos e 184 estupros.<sup>119</sup>

O banco de dados da Escócia difere em alguns aspectos do existente no restante do Reino Unido, haja vista que os perfis genéticos dos indivíduos que são considerados inocentes devem ser destruídos, a não ser que o suspeito seja alvo de investigação por um crime violento ou de estupro.<sup>120</sup>

No ano de 2005, em Portugal, foi instituída através da Lei nº. 5/2008 a criação de uma base de dados de perfis de DNA para identificação civil e criminal, publicada no Diário da República no dia 12 de fevereiro de 2008. Posteriormente, em 25 de junho de 2013, foi aprovada a Lei nº. 40/2013, dispondo sobre a organização e funcionamento do conselho

---

117SCHNEIDER, Peter M. Scientific Activities. **Ednap**. 2013. Disponível em: <<http://www.isfg.org/EDNAP/Activities>>. Acesso em: 02 set. 2015.

118 ANSELMO, op. cit.

119 CASCIANI, Dominic. Q&A: The National DNA database. **BBC News**. 07. maio 2009. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/7532856.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7532856.stm)>. Acesso em: 02 set. 2015.

120 CASCIANI, loc. cit.



de fiscalização da base de dados de perfis de DNA, sendo a primeira alteração realizada à Lei nº. 5/2008.121

Resta claro, após a análise do direito comparado acerca da coleta de material biológico, que a identificação criminal através da coleta de DNA tornou-se uma realidade recente no Brasil, sendo inserida apenas com o advento da Lei nº. 12.654/2012, bem como que o nosso modelo e método se espelhou quase que em sua totalidade nos existentes nos Estados Unidos e no Reino Unido.

Diante disso pretende-se demonstrar, com a apresentação deste trabalho, se a identificação criminal através da coleta de material biológico respeita os direitos individuais garantidos pela nossa Constituição Federal e pode ser considerada uma prova eficaz ao processo penal.

## **2.A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL**

O Decreto nº. 09, promulgado em 31 de dezembro de 1891, trouxe ao sistema normativo brasileiro a primeira aparição da identificação criminal no Brasil, instituindo no estado de São Paulo a identificação criminal por meio da fotografia. Somente 03 anos mais tarde passou-se a utilizar o sistema antropométrico, já abordado anteriormente nesta pesquisa.

Anos mais tarde, em 29 de dezembro de 1902, foi promulgada a Lei nº. 947/1902, que veio a disciplinar acerca da identificação datiloscópica no país. Em 05 de fevereiro o Decreto nº. 4.764 regulamentou a lei mencionada, introduzindo a identificação de fato no Distrito Federal.

Com o passar dos anos, o método datiloscópico foi sendo inserido nos demais estados do país, sendo que apenas em 1938, após visita do mestre argentino Luiz Reyna Almandos, considerado a maior autoridade na área da datiloscopia (substituto de Vucetich), foi introduzido pelo Decreto nº. 11.187 de 15 de outubro a identificação datiloscópica dos estrangeiros domiciliados no Brasil.

Posteriormente, em 03 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal foi instituído no Brasil pelo Decreto-Lei nº. 3.689, trazendo ao sistema normativo a obrigatoriedade da identificação criminal no país.

---

121 PORTUGAL, **Lei nº. 40/2013.** Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12000/0346703472.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

O artigo 6º, VIII do diploma define que a autoridade policial deverá, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.

Assim, independente da identificação civil, o Código determina que a identificação criminal também deverá ocorrer. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal aprovou em 15 de dezembro de 1976 a Súmula nº. 568, prevendo que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

O entendimento sumulado vigeu até a promulgação da Constituição Federal em 1988, quando ficou estabelecido no artigo 5º, LVIII, que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Tal redação superou totalmente a súmula mencionada e ainda trouxe a chance de legislações extravagantes articularem sobre a identificação criminal, tendo em vista que apontou a possibilidade de a matéria ser tratada em âmbito infraconstitucional.

Nesse íterim, a Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, previu em seu artigo 109 a primeira hipótese infraconstitucional de identificação criminal do civilmente identificado, dispondo que “o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”. Verifica-se, portanto, que a identificação compulsória do adolescente é tida como medida excepcional, podendo ocorrer em caso de existência de dúvida, para fins de confrontação.

De acordo com Válter Kenji Ishida, as disposições contidas na Lei nº. 12.037/2009 a respeito da identificação criminal são aplicáveis ao adolescente, tendo em vista que o ato infracional acaba sendo considerado sinônimo de ilícito penal, tendo como única diferença a culpabilidade em razão da presunção absoluta de desenvolvimento mental incompleto.

Conclui o autor indicado:

A identificação criminal do adolescente infrator não se limitará à dúvida fundada a que alude o artigo 109 do ECA, mas também à todas as hipóteses da referida lei. Portanto, sob a análise desses dois argumentos, verifica-se a aplicabilidade da referida lei aos procedimentos de apuração de ato infracional cometido por adolescente.

Poucos anos depois a Lei nº. 9.034/1995, conhecida como Lei do Crime Organizado, também disciplinou que os indivíduos envolvidos com ações praticadas por organizações criminosas seriam submetidos à identificação criminal, independentemente da identificação civil.

Após, com o fim de normatizar o tema, surgiu a Lei nº. 10.054/2000, a qual fora revogada pela Lei nº. 12.037/2009. Esta, por sua vez, sofreu alteração recente pela promulgação da Lei nº. 12.654/2012, implantando no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção dos dados genéticos como meio de identificação criminal.

## 2.1 LEI Nº. 12.654/2012

Em 28 de maio de 2012 foi promulgada a Lei nº. 12.654, que prevê a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético de determinados indivíduos. A lei editada veio a alterar dispositivos de duas leis, da Lei nº. 7.210/1984, Lei de Execução Penal, e da Lei nº. 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal dos civilmente identificados, já abordada anteriormente neste trabalho.

A norma adveio do Projeto de Lei nº. 93 de 2011 do Senado Federal, de autoria do Senador Ciro Nogueira, tendo como relator o Senador Demóstenes Torres. Em seu voto pela aprovação do Projeto, o Senador fez as seguintes ponderações:<sup>122</sup>

Quanto ao mérito, destaque-se que, de acordo com estudo de Sérgio D. J. Pena, intitulado Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA, do ponto de vista social, a determinação de identidade genética pelo DNA (ácido desoxirribonucleico) constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Em menos de 20 anos ela se tornou uma ferramenta indispensável em investigação criminal.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. **Jurisway**. 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7872](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7872)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

<sup>123</sup> AMARAL, loc. cit.

As modificações trazidas pela Lei nº. 12.654/2012 alteraram substancialmente a situação jurídica do réu frente ao processo penal, acabando com o direito de não produzir prova contra si mesmo.<sup>124</sup>

O sujeito terá que se submeter à intervenção corporal em duas situações distintas, sendo obrigado a fornecer material biológico para obtenção de seu perfil genético. Não o fazendo de maneira voluntária, o fará mediante coerção.

Apesar de a lei só mencionar em uma das hipóteses a obrigatoriedade da medida (Lei nº. 7.210/1984), entende-se que a negativa em fornecer o material biológico quando solicitado com fulcro na Lei nº. 12.037/2009 também autoriza a coercibilidade da coleta.<sup>125</sup>

A primeira hipótese a ser analisada será a coleta com base na Lei nº. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal dos civilmente identificados e incide sob a investigação preliminar.

Foi inserido o parágrafo único ao artigo 5º<sup>126</sup>, dispondo que a coleta de material ocorrerá quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”.<sup>127</sup>

A lei exige a coexistência de duas situações neste caso: essencialidade à investigação policial e deferimento da medida pelo juiz competente. A primeira delas, apesar de ser um requisito genérico, deve ser estritamente observada, considerando que a

---

124 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 644.

125 Ibid., p. 645.

126 Art. 5º. A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

127 BRASIL. **Lei nº. 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF, 1 out. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>. Acesso em: 05 out. 2015.

medida de intervenção corporal restringe a esfera de liberdade do sujeito, acabando por violar princípios e garantias constitucionalmente assegurados.<sup>128</sup>

O pedido da autoridade policial deverá ser fundamentado, a fim de demonstrar a imprescindibilidade da coleta.<sup>129</sup> Ainda, cumpre à autoridade judiciária evidenciar a impossibilidade de obtenção da prova da autoria por método não invasivo, sendo a coleta dos dados genéticos *ultima ratio*, a fim de evitar a banalização do procedimento.<sup>130</sup>

Contudo, existem críticas quanto à expressão “essencialidade às investigações”, haja vista ser uma expressão vaga e genérica, que acaba por não definir em quais crimes tal conduta poderia ocorrer.

Sobre o tema Aury Lopes Jr. ensina:

Vários problemas brotam desta disciplina. Inicia por recorrer a fórmula genérica e indeterminada de “essencial às investigações policiais”, sem sequer definir em que tipos de crimes isso seria possível (...). Basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade. A lei não diz (e nem precisaria), mas, em caso de recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, “à força”.<sup>131</sup>

O outro requisito necessário é a autorização judicial. Tal condição é imprescindível, pois trata-se de uma medida que irá atentar contra direitos e garantias inerentes ao indivíduo.

É indispensável prévia representação emanada do Ministério Público ou da autoridade policial responsável pela investigação, podendo, ainda, se dar de ofício pelo órgão julgador.

---

128 LOPES JR., op. cit.

129 LOPES JR., loc. cit.

130 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 104.

131 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 645-646.

Muitos repreendem o fato de o Juiz poder determinar a medida de ofício. Considerando que a coleta nesta fase se trata de uma medida investigatória, destinada a coletar provas, não caberia ao juiz tomar iniciativa alguma, visto que lhe cabe apenas a análise do caso e o julgamento.<sup>132</sup>

Existe uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz neste caso, que é o requisito de “necessidade para as investigações”. Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha. <sup>133</sup>

Ainda, a Lei nº. 12.654/2012 incluiu o artigo 5º-A na Lei nº. 12.037/2009, dispondo que os dados coletados e relacionados com a identificação criminal serão armazenados em um banco de dados de perfis genéticos, que será gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.<sup>134</sup>

O banco de dados terá caráter sigiloso e não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais do sujeito, sob pena de violação do direito à intimidade e à confidencialidade dos dados genéticos.<sup>135</sup> Tem-se, desta forma, que a análise somente poderá ser efetuada sobre o DNA não codificante, aquele alcunhado de “DNA lixo”, o qual difere-se do DNA codificante por não possuir toda a informação genética do indivíduo.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> Ibid., p. 646.

<sup>133</sup> LOPES JR., loc. cit.

<sup>134</sup> BRASIL. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nº 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF, 28 maio 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

<sup>135</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA.** Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_identificacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf)>. Acesso em 09 de out. 2015.

<sup>136</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. Banco de Perfis Genéticos dos Criminosos: Tratamento Normativo na Lei Espanhola e na Lei Brasileira. **Publica direito.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbd>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Quanto à impossibilidade de revelar “traços somáticos”, significa que a parte do DNA utilizada para obtenção das informações genéticas é considerada inutilizável para qualquer outro fim. Ela não traz informação alguma, além da necessária para a identificação humana.<sup>137</sup> Assim esclarece Maria Auxiliadora Minahim:

Os marcadores selecionados são os microssatélites (STRs, short tandem repeats), exatamente em razão de sua propriedade, isto é, de conterem formas (alelos) variáveis, que mudam de um para outro indivíduo. A análise dessas formas e de sua frequência entre as amostras permite a identificação genética.<sup>138</sup>

Ademais, se verificada uma coincidência no curso de uma investigação criminal, deverá um perito criminal oficialmente habilitado consignar o laudo pericial para torna-lo válido.<sup>139</sup>

Por fim, a última alteração ocasionada pela Lei nº. 12.654/2012 à Lei nº. 12.037/2009 relaciona-se com o prazo para a exclusão dos perfis genéticos colhidos. O artigo 7º-A prevê que “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.<sup>140</sup>

Segundo Aury Lopes Jr., a redação deste artigo demonstra a existência de uma vinculação causal (princípio da especialidade), visto que aquela prova apenas poderá ser utilizada para aquele caso penal que está sendo investigado, devendo ser destruída após decorrido o prazo para prescrição do delito (diferentemente do que ocorre na extração de material do apenado, como veremos adiante).<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? **Carta Forense**. 02 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em: 12 out. 2015.

<sup>138</sup> MINAHIM, loc. cit.

<sup>139</sup> BRASIL. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012**, op. cit.

<sup>140</sup> BRASIL. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF, 28 maio 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

<sup>141</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 646.

A Lei não define os crimes nos quais a extração poderá ocorrer. Basta que seja verificado o requisito de essencialidade à investigação. Ou seja, verificada a existência do requisito, a medida torna-se cabível.

Exige-se, portanto, por parte dos legitimados a requerer a coleta, estrita observância à necessidade e imprescindibilidade da medida, tudo com o fim de não se tornar uma prática corriqueira e banal.<sup>142</sup>

Outra inovação apresentada com a edição da Lei nº.12.654/2012 foi a coleta de material biológico do condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa, acrescentando o artigo 9º-A e seus parágrafos<sup>143</sup> à Lei nº. 7.210/1984.

Neste caso a situação difere-se da abordada anteriormente. A extração dos dados biológicos tem por fim a solução de futuros crimes.

A intervenção corporal é obrigatória e não há necessidade de autorização judicial para a extração. Contudo, assim como na hipótese anterior (da Lei nº. 12.037/2009), é imprescindível a autorização judicial para o acesso posterior ao banco de dados.<sup>144</sup>

Aury Lopes Jr. critica a presunção de periculosidade trazida pelo legislador ao determinar a coleta obrigatória aos crimes hediondos e aos praticados de forma dolosa com violência de natureza grave contra a pessoa. Neste sentido, o autor afirma que “trata-se de inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. Optou o legislador

---

<sup>142</sup> Ibid., p. 647.

<sup>143</sup> BRASIL, **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 11 out. 2015. Art. 9º-A: os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

<sup>144</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 648.



por (re) estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa”.” 145

Apesar da lei não mencionar quando será a data de exclusão das informações inseridas nos bancos de dados, Aury Lopes Jr. considera razoável a utilização, por analogia, dos prazos do instituto da reabilitação (artigos 93 e seguintes do CP146). Portanto, decorridos dois anos do dia em que foi extinta a pena ou terminar sua execução, a exclusão das informações genéticas poderia ocorrer. 147

Outra controvérsia que pode ser verificada, devido ao fato de o legislador não ter se manifestado expressamente, é no que diz respeito ao condenado provisoriamente. Ainda que haja omissão por parte do legislador, é fato que nas hipóteses previstas na Lei nº. 7.210/1984, a medida deve ser aplicada somente àqueles condenados definitivos, em que a sentença condenatória já tenha transitado em julgado. 148

Neste sentido leciona Machado:

---

145 LOPES JR., loc. cit.

146 Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

147 LOPES JR., op. cit.

148 LOPES JR., loc. cit.

Na verdade, esse banco de perfis genéticos para criminosos já condenados, cujo crime, obviamente, já foi esclarecido e definitivamente julgado, é uma providência de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Note-se que, por ocasião da execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo findo. Assim, o armazenamento de dados genéticos do condenado só pode ser mesmo uma providência destinada a esclarecer a autoria de crimes futuros, isto é, medida destinada à produção de prova em processos que vierem a ser instaurados futuramente, o que configura uma espécie de “prova pré-constituída”, em clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.<sup>149</sup>

O material colhido em ambas as hipóteses será depositado no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), os quais foram constituídos pelo Decreto nº. 7.950/2013, com o fim de alimentar o cruzamento dos dados genéticos cadastrados com os adquiridos nos vestígios coletados diretamente das cenas dos crimes, permitindo a identificação do possível criminoso.<sup>150</sup>

O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem por fim armazenar os dados coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes. Já a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos visa permitir o compartilhamento e o cruzamento de perfis constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.<sup>151</sup>

No Brasil, o banco de dados surgiu a partir da criação do Programa Nacional de Apoio e Investimentos em 2004, o qual teve papel relevante na dissipação da genética forense. A partir deste momento, grandes evoluções passaram a ocorrer, tais como investimentos e melhorias nos laboratórios, treinamento e capacitação de novos peritos, e

---

149 MACHADO, Antonio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA.** Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_identificacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2015.

150 OLIVEIRA, Alexandre Madureira de., NEPOMUCENO, Eduardo. Lei 12.654 de 28 de maio de 2012: uma nova identificação criminal. **Letras jurídicas.** 19 set. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=626>>. Acesso em: 13 out. 2015.

151 BRASIL. **Decreto nº. 7.950, de 12 de março de 2013.** Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2015.

ainda o desenvolvimento de métodos para utilização do DNA como prova no processo penal.<sup>152</sup>

O Programa mencionado foi criado com o fim de diminuir a taxa de violência existente e de aumentar a de elucidação dos casos criminais. O número de laboratórios criminalísticos cresceu de forma significativa e o sistema CODIS passou a ser utilizado no Brasil, sendo instalado em 15 laboratórios estaduais, 01 federal e nos bancos nacionais. Tal estrutura foi denominada de Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).<sup>153</sup>

O banco tem a finalidade de realização de pesquisas com os materiais genéticos dos infratores, comparando-os com os encontrados nas cenas de crimes. Obtendo a resposta positiva, tem-se uma suspeita que permite a realização de uma investigação preliminar com a finalidade de obtenção de mais dados acerca do possível agente.<sup>154</sup>

A partir desta breve exposição acerca das leis que já abordaram o tema 'identificação criminal' no Brasil, far-se-á uma análise da coleta de material biológico para fins de identificação criminal frente a alguns princípios resguardados pela nossa Constituição Federal, para que só então a constitucionalidade da medida possa ser verificada.

### 3.A CONSTITUCIONALIDADE DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO

Nesse capítulo será realizado um estudo acerca dos direitos e garantias fundamentais, que são inerentes aos sujeitos de direito, bem como será abordada a coleta de material biológico para obtenção das informações genéticas frente a alguns dos mais consagrados princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico, o princípio da

---

152 MARTIN, Miguel Ângelo. Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu. **Jus Brasil.** mar. 2015. Disponível em: <<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

153 KAWAMURA, Bárbara. **Desenvolvimento de um banco de dados genético brasileiro para marcadores STR do cromossomo X.** 2013. 56. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Farmácia). Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/119527/000742539.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

154 MARTIN, Miguel Ângelo. Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu. **Jus Brasil.** mar. 2015. Disponível em: <<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

dignidade da pessoa humana, a garantia à não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência.

### 3.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No direito brasileiro, a distinção entre direitos e garantias fundamentais remete à Rui Barbosa, quando, ao realizar um confronto entre os institutos mencionados, apartou as disposições meramente declaratórias das assecuratórias. Classificou aquelas como sendo as que fornecem existência legal aos direitos reconhecidos; já estas, são as que limitam o poder em defesa dos direitos. As declaratórias instituem os direitos, já as assecuratórias, as garantias.<sup>155</sup>

Ou seja, as garantias fundamentais teriam o condão de proteção dos direitos fundamentais. Seriam os meios existentes para ampará-los. Deste modo, ao direito à vida, a garantia correspondente seria a de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção, corresponde a garantia do *habeas corpus* etc.<sup>156</sup>

Seguindo este pensamento, Canotilho defende que as garantias também são consideradas como direitos propriamente ditos, não perdendo, contudo, sua característica precípua de protetora de direitos.<sup>157</sup>

Ao tratar sobre o tema, Jorge Miranda afirma que:

Os direitos representam por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexu que possuem com os direitos; na acepção

---

155 BARBOSA, Ruy *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

156 MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo**. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 101.

157 CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* MORAES, op. cit.

juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. 158

Ainda no processo de definição, Carlos Sánchez Viamonte aduz que: “garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política”.159

É preciso muita cautela ao se falar das garantias fundamentais e dos remédios constitucionais. Tais expressões não são sinônimas. Segundo Luiz Alberto David Araujo Nunes Jr., “o que existe entre elas é uma relação de continência, pois as garantias abrangem não só os remédios constitucionais (habeas corpus, por exemplo) como as demais disposições assecuratórias da nossa lei fundamental”.160

A doutrina não é unânime quando se trata de atribuir natureza jurídica aos institutos. Muitos alegam que a não autoincriminação é um direito, outros a intitulam como garantia. Deste modo, partindo dos apontamentos acima apresentados, conclui-se que a garantia à não autoincriminação assegura o direito à liberdade, o direito ao silêncio, o direito de não produzir prova contra si mesmo, os quais serão oportunamente tratados no decorrer deste trabalho.

### 3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Definir o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo uma tarefa muito difícil, visto que, além de ser considerado um dos princípios mais abrangentes previstos na nossa Constituição, é também uma norma abstrata, e que, portanto, traz consigo diversas considerações, definições e enfoques.161

---

158 MIRANDA, Jorge. *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 32.

159 VIAMONTE, Carlos Sánchez *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 527.

160 ARAUJO, L. A. D; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 76.

161 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 584.

Contudo, ainda que existam dificuldades no processo da definição, parte-se do pressuposto de que a dignidade é inerente a todos os indivíduos, “considerando o homem como “ser em si mesmo” e não como um “instrumento para alguma coisa””.<sup>162</sup>

A nossa Constituição Federal não incluiu o princípio abordado no ramo dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, todavia, o fez expressamente no inciso III do art. 1º, ou seja, a dignidade da pessoa humana foi tida como fundamento constitucional.<sup>163</sup>

Atribui-se à Immanuel Kant grande parte da construção e definição do princípio, embora seu surgimento não tenha sido verificado a partir das definições do filósofo citado. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a ideia do valor inerente do ser humano remonta às raízes do pensamento clássico e da Era Cristã. No Antigo e no Novo Testamento já eram encontradas referências que remetiam à concepção do homem como ser digno.<sup>164</sup>

Há de se observar, contudo, que o entendimento que se tinha à época foi lamentavelmente renegado por muitos anos, tanto pelas instituições cristãs como pelos seus integrantes, tendo como exemplo as atrocidades que eram cometidas pela Santa Inquisição.<sup>165</sup> Fábio Konder Comparato aduz que:

Essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus.<sup>166</sup>

Considerada como uma característica inerente a toda pessoa humana, a dignidade é fundamental para um direito justo, uma vez que é pressuposto para o reconhecimento dos demais direitos previstos na Constituição Federal.

---

<sup>162</sup> KANT, Immanuel *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 587.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 584.

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008. p. 30.

<sup>165</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>166</sup> COMPARATO, Fábio Konder *apud* TAVARES, op. cit.

Nesse sentido, Immanuel Kant, ensina:

O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.<sup>167</sup>

Deve-se levar em conta que a dignidade resulta também, além do ser tratado como um fim em si mesmo, na faculdade do indivíduo agir e tomar decisões com autonomia, utilizando de sua capacidade de guiar-se pelas suas próprias leis, as quais foram criadas pelos indivíduos, como parte de uma sociedade, como um todo. E ainda, na falta delas, agir conforme dita sua razão. <sup>168</sup>

Assim, basicamente, a dignidade do homem não tem o único fim de afastar a possibilidade de o ser humano ser utilizado como instrumento, mas, em decorrência deste fato, explicita a capacidade do sujeito de utilizar de sua razão e de agir conforme sua vontade ao tomar decisões.<sup>169</sup> Neste sentido, anota o constitucionalista português Jorge Miranda, quando afirma que “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.<sup>170</sup>

Corroborando com o tema, Alexandre de Moraes aponta que a dignidade se manifesta no poder de autodeterminação do indivíduo, que se torna responsável pela sua vida e por seus atos, decidindo de forma autônoma seus caminhos e sua conduta.<sup>171</sup> Nesse sentido é o entendimento do autor:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e

---

167 KANT, Immanuel *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 586-587.

168 *Ibid.*, p. 588.

169 *Ibid.*, p. 589.

170 MIRANDA, Jorge *apud* TAVARES, loc. cit.

171 MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico devem assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>172</sup>

Quando o princípio é tratado frente à coleta de material biológico para fins de utilização como meio de prova, muitos alegam que, em havendo concordância do indivíduo, não haveria violação alguma a qualquer princípio assegurado na Constituição Federal. Assim ensina Aury Lopes Jr.: "Havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável".<sup>173</sup>

Todavia, a problemática surge a partir do momento em que há a recusa do sujeito em ser submetido à alguma forma de intervenção corporal, havendo a necessidade de submissão da extração via compulsória.<sup>174</sup>

No julgamento do Habeas Corpus nº. 71373-4, o Ministro Francisco Rezek foi favorável à coleta compulsória de material genético em uma ação de investigação de paternidade, sustentando que a extração não traria sofrimento e dor ao indivíduo, bem como que ele não teria direito absoluto sobre seu corpo. A seguir o voto do ministro para melhor compreensão:<sup>175</sup>

[...] o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante [...]. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. [...] A visão individuocêntrica, preocupada com as

---

172 Ibid., p. 52.

173 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

174 SABOIA, Brenda Schio. **Intervenção corporal, identificação criminal via DNA e o princípio *nemo tenetur se detegere***. 2014. 50. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014\\_2/brenda\\_saboia.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2015.

175 SABOIA, loc. cit.



prerrogativas do investigado, deve ceder espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer a sua origem genética [...] O princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público [...] o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.<sup>176</sup>

Todos sabemos que o respeito ao corpo e à individualidade devem existir. Entretanto, considerando que existem situações que não violam o princípio da dignidade humana, deve-se tomar cuidado com a confusão que geralmente se faz entre proteção do indivíduo e possibilidade de utilização de técnicas que não que não atentem contra sua dignidade. Um exemplo disso é a coleta de sangue ou de urina. Ambas são consideradas como modalidades de exames usuais, as quais, se realizadas com observância aos padrões de higiene, não acarretam risco à saúde do cidadão e nem lhe colocam em algum tipo de situação vexatória.<sup>177</sup>

Todavia, se verificadas as considerações acima expostas acerca do princípio da dignidade humana, de que o mesmo surge a partir da autonomia da vontade do indivíduo, da liberalidade em fazer suas escolhas e de guiar-se conforme sua razão, o Estado não deveria observar e respeitar a opção do sujeito em fornecer ou não amostras de seu DNA para fins investigatórios?

Neste rumo, a fim de se chegar a uma conclusão, a coleta de material biológico deve ser observada ainda frente a outras garantias e princípios assegurados ao indivíduo, para só então podermos concluir acerca de sua (in) constitucionalidade.

### 3.3 A GARANTIA À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir<sup>178</sup>) apresenta, para o processo penal, significante dimensão, ao passo que resguarda ao

---

176 CAOP da criança e do adolescente. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_10\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_4_1_1.php)>. Acesso em: 24 set. 2015.

177 SABOIA, op. cit.

178 QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.

acusado a garantia da não autoincriminação. O respeito à dignidade do acusado decorre da observância desta garantia, bem como dela se extrai a premissa de que as provas da culpabilidade do indivíduo necessitam ser colhidas sem a sua cooperação, ou seja, que o sujeito não deve fornecer ao órgão julgador nenhum tipo de auxílio, além das provas já obtidas.<sup>179</sup>

O princípio abordado encontra-se intrinsecamente ligado a outros direitos igualmente consagrados, como o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal.<sup>180</sup>

No plano das normas, a garantia encontra-se consolidada no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, que garante o direito ao silêncio (que deverá ser interpretado extensivamente). Ainda, por se tratar de direito fundamental, foi disciplinado por diplomas que visam a proteção dos direitos humanos.<sup>181</sup>

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) incluíram o direito aqui abordado no rol das garantias mínimas reconhecidas ao acusado, respectivamente em seus artigos 14º, n. 3, alínea "g" e 8º, §2º, alínea "g". Também o fizeram a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mesmo que não expressamente.<sup>182</sup>

Como direito fundamental, tem por objetivo a proteção do indivíduo frente ao Estado, inclusive contra eventual violência física e moral, as quais são empregadas com o fim de compelir o sujeito a cooperar no processo investigatório. Ademais, "*o nemo tenetur se detegere* é garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação do acusado"<sup>183</sup>.<sup>184</sup>

---

<sup>179</sup> Ibid., p. 1-3.

<sup>180</sup> QUEIJO, loc. cit.

<sup>181</sup> Ibid., p. 56-57.

<sup>182</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

<sup>183</sup> MIRANDA, Jorge *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. Ibid., pg. 56.

<sup>184</sup> QUEIJO, loc. cit.

A polêmica existente com relação a estas provas é observada relativamente aos interesses em jogo. Na persecução penal, há grande ênfase ao interesse público. Em contrapartida, deve haver o respeito aos direitos e garantias fundamentais que são inerentes ao indivíduo.<sup>185</sup>

Todavia, conforme ensina Maria Elizabeth Queijo, “a prevalência absoluta de um desses interesses, na persecução penal, não gera soluções adequadas”.<sup>186</sup> Se o interesse estatal se sobrepõe aos interesses do indivíduo, estabelece-se um direito ilimitado à prova pelo Estado, ou seja, não há ilicitude da prova. Por outro lado, caso prevalecesse o interesse individual, a persecução penal não teria resultado prático algum.<sup>187</sup>

É necessário que se busque uma solução que consiga amoldar ambos os interesses, pois, na realidade, há também interesse público na criação de um processo penal que respeite as normas éticas e os direitos fundamentais.<sup>188</sup>

Com o descobrimento do DNA, na década de 80, e seu alto grau de probabilidade, sua utilização passou a se dar em larga escala, e o desenvolvimento do processo penal (e também civil) foi modificado amplamente.<sup>189</sup>

Porém, não existe no processo penal norma específica que regulamenta o dever de colaboração do acusado. O entendimento predominante é o de que, a abstenção de submeter-se à prova que demanda uma conduta positiva de sua parte não configura crime de desobediência, bem como não se presume sua culpabilidade. <sup>190</sup>

Corroborando com o esse entendimento, Aury Lopes Jr. afirma que “o imputado não pode ser compelido a (...) fornecer material para realização de exames periciais (...)”.

---

<sup>185</sup> Ibid., p. 241.

<sup>186</sup> QUEIJO, loc. cit.

<sup>187</sup> Ibid., p. 242.

<sup>188</sup> Ibid., p. 243.

<sup>189</sup> Ibid., p. 247.

<sup>190</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 264.

Sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência”. 191

Acrescenta Maria Elizabeth Queijo, que “na doutrina também se registra o entendimento de que o acusado não tem dever de fornecer elementos de prova contra si mesmo, em razão da incidência do *nemo tenetur se detegere*”. 192

Assim, inexistem obstáculos quando o material genético é encontrado no próprio lugar dos fatos, como amostras de sangue, cabelos, pelos etc, bem como nas vestes dos indivíduos. Nessas situações, o recolhimento desses elementos poderá ocorrer normalmente. A utilização dos instrumentos processuais penais como a busca e/ou apreensão domiciliar e pessoal também poderá ser realizada.193

Nesse sentido, Gössel leciona que:

A obtenção de células corporais na roupa do suspeito (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa interior com células de sêmen etc) ou na sua casa, por exemplo, nas vestes, mesmo que não utilizadas no momento do delito, roupa de cama ou outros objetos de sua propriedade poderão ser obtidos sem problemas, utilizando a busca e/ou apreensão previstas no art. 240 do CPP.194

Do mesmo modo ocorre quando existe o consentimento do indivíduo, após prévia advertência do direito de não produzir prova contra si mesmo. Os métodos de intervenção corporal poderão ser realizados normalmente.195

Contudo, quando o material biológico deve ser colhido diretamente do acusado (coleta invasiva), a Lei nº. 12.654/2012 alterou de forma significativa a situação jurídica do sujeito, tendo em vista que ele está obrigado a fornecer o material, sob pena de extração

---

191 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 233.

192 QUEIJO, op. cit., p. 266.

193 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 609.

194 GÖSSEL, Karl Heinz *apud* LOPES JR., op. cit. p. 641-642.

195 Id., op. cit.

compulsória. Ou seja, a Lei mencionada acabou com o direito de não produzir este tipo de prova contra si mesmo.<sup>196</sup>

Conforme já dito anteriormente, não há no nosso ordenamento uma norma que regulamente como as intervenções corporais deverão ocorrer, em caso de negativa do sujeito em colaborar. Neste diapasão ensina Renato Brasileiro de Lima:

Como vigora no processo penal brasileiro o princípio da liberdade probatória (CPP, art. 155, parágrafo único), segundo o qual quaisquer meios probatórios são admissíveis, mesmo que não expressamente previstos em lei, não se deve concluir por uma absoluta inadmissibilidade da utilização das intervenções corporais. Todavia, sua utilização deve se mostrar compatível com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Portanto, caso o agente não concorde com a realização de uma intervenção corporal, deve-se distinguir o tratamento dispensado às provas invasivas e às não invasivas à luz do direito de não produzir prova contra si mesmo.<sup>197</sup>

Os Tribunais vêm decidindo de maneira não unânime, haja vista a existência de diversas decisões que consideram a medida constitucional, deferindo a coleta por haver expressa previsão legal, bem como decisões que vão no sentido contrário, que defendem a inconstitucionalidade da medida garantindo o respeito ao princípio estudado, bem como a garantia à não autoincriminação.

A seguir decisão neste sentido, a favor da coleta e contra, respectivamente:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - COLETA DE MATERIAL GENÉTICO - ARTIGO 9-A DA LEP - CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS - NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO - VALIDADE DO EXAME.

- A criação de banco de dados com material genético não viola o princípio da não autoincriminação, vez que decorre de condenação

---

<sup>196</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 233.

<sup>197</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 46.

já transitada em julgado e previsão expressa no artigo 9-A da Lei de Execuções Penais.

V.V.

Agravo em execução - coleta de material genético - inconstitucionalidade da obrigatoriedade de submissão ao procedimento tal como imposto pelo art. 9-a, da lep - violação do princípio da não-autoincriminação - direito de recusa - dar provimento ao recurso.198

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. ARMAZENAMENTO DO PERFIL GENÉTICO DO REEDUCANDO. CONSTITUCIONALIDADE DUVIDOSA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AGRAVO IMPROVIDO. 1- Em que pese a constitucionalidade duvidosa do disposto no art. 9-A, da LEP, introduzido pela Lei 12.654/12, a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, ainda que por técnica indolor dos condenados por crimes praticados com violência grave contra pessoa, ou por qualquer crime tido como hediondo ou equiparado, ofende princípios constitucionais (nemo tenetur se detegere), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual toda a pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, da qual o Brasil é signatário. 2- Agravo não provido. 199

---

198 BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.086334-3/001. Relator (a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, julgado em: 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=coleta%20material%20gen%20E9tico&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-4&listaRelator=3-69161&dataJulgamentoInicial=22/07/2015&dataJulgamentoFinal=22/07/2015&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 out. 2015.

199 BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.091242-1/001. Relator (a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, julgado em: 18 jul. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=5&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=identifica%20E7%E3o%20criminal&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-3&listaRelator=2->>

A fim de que se possa chegar a uma conclusão acerca da constitucionalidade da medida, necessária uma análise do tema à luz de um importante princípio que se relaciona com o *nemo tenetur se detegere*, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

### 3.3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, o princípio da presunção de inocência foi inserido no plano das normas (art. 5º, LVII), reafirmando a dignidade humana no texto constitucional. Esse princípio também foi abarcado pelo direito internacional, conforme previsto no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como dispositivos semelhantes podem ser localizados na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 6.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>200</sup>

Rogério Lauria Tucci afirma que o significado deste princípio corresponde à não-consideração prévia de culpabilidade. Ou seja, o acusado deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>201</sup>

Sua relevância é tão significativa, que Amilton B. de Carvalho afirma que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’, neste momento histórico, da condição humana”.<sup>202</sup>

A essência do princípio pode ser resumida na expressão ‘dever de tratamento’<sup>203</sup>. Assim ensina Aury Lopes Jr.:

---

2849990&dataJulgamentoInicial=18/06/2014&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 08 out. 2015.

200 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 7

201 TUCCI, Rogério Lauria *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76.

202 CARVALHO, Amilton Bueno de. *apud* LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 524.

203 LOPES JR., loc. cit.

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente (...), (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). (...). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de trata-lo como inocente).<sup>204</sup>

Antonio Magalhães Gomes Filho aduz que, no campo das provas, decorre do princípio da presunção da inocência o fato de que o ônus probatório necessariamente recairá sobre a acusação, devendo o acusador demonstrar a culpabilidade do acusado. Ademais, objetiva-se com a ferramenta do processo penal, a verificação dos fatos imputados ao acusado e não às eventuais escusas que este ofereceu. <sup>205</sup>

Como decorrência do referido princípio, existe também a necessidade de haver prova da culpabilidade, pois caso contrário, a absolvição é medida adequada, conforme previsão expressa no Código de Processo Penal<sup>206</sup>. <sup>207</sup>

Uma das hipóteses de identificação criminal através da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético introduzida pela Lei nº. 12.654/2012 é realizada na fase investigatória, por requisição da autoridade policial, do Ministério Público, ou de ofício pelo órgão julgador. Neste caso, em havendo compulsoriedade na medida, não estaríamos diante de uma violação ao princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade?

---

<sup>204</sup> LOPES JR., loc. cit.

<sup>205</sup> FILHO, Antonio Magalhães Gomes *apud* QUEIJO, op. cit.

<sup>206</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Art. 386: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...). IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (...) VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. 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: 11 out. 2015.

<sup>207</sup> QUEIJO, op. cit.



Nesta fase pré processual deve-se presumir, conforme dita o princípio aqui estudado, que o acusado é inocente, recaindo sobre a acusação o ônus de provar de quem é a culpa.

Assim, extrai-se do princípio da presunção de inocência a garantia à não autoincriminação já abordada, que é consubstanciada no *nemo tenetur se detegere*.<sup>208</sup>

### 3.3.2 REFLEXÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº. 12.654/2012

Diante de todas as considerações apresentadas, nota-se que a constitucionalidade da coleta de material biológico para fins de identificação pelo DNA é alvo de posições contraditórias, tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

O artigo 5º, II da Carta Magna prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Infere-se da leitura do dispositivo que, devido ao fato de haver legislação infraconstitucional que regula a identificação criminal, os indivíduos que se enquadrassem nos termos da lei deveriam se submeter à extração (voluntária ou compulsória), bastando a previsão legal para legalizar a coleta, o que impossibilitaria o sujeito de se eximir e alegar qualquer ofensa aos seus direitos e garantias constitucionalmente resguardados.

A extração requerida pelo advogado da parte, com o fim de excluir a autoria de determinado delito é medida que se reveste de constitucionalidade, bem como aquela realizada com concordância expressa do sujeito, pois conforme já mencionado anteriormente “havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável”.<sup>209</sup>

Todavia, diante da hipótese de extração compulsória inaugurada pela Lei nº. 12.654/2012, acredita-se que a medida tem constitucionalidade duvidosa, visto que viola princípios, direitos e garantias resguardados pela Constituição Federal, como os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência e a garantia à não autoincriminação, não podendo o indivíduo ser compelido a fornecer material que lhe seja desfavorável.

---

<sup>208</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76.

<sup>209</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

Conquanto o disposto esteja devidamente inserido em um texto de Lei, é cediço ser princípio (garantia) constitucional a não auto-incriminação (nemo tenetur se detegere), pelo que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou a produzir prova contra si mesmo, isto é, não há como impor a alguém, independentemente de qual seja a autoridade que assim o faça, que forneça informação, declaração, dado, objeto ou prova qualquer que o incrimine ou possa vir a incriminá-lo, direta ou indiretamente, salvo quando o próprio consentir, voluntária e conscientemente.<sup>210</sup>

Logo, partindo do pressuposto de que os sujeitos têm a capacidade de autodeterminação garantida pela dignidade da pessoa humana, é direito seu escolher se irá submeter-se ou não a exames que violem sua integridade corporal, mesmo se realizados com observância à técnica adequada e indolor, conforme previsão legal.

Quanto à hipótese de a medida ser realizada de forma compulsória no curso da investigação, como meio de prova (Lei nº. 12.037/2009), além de violar a garantia à não autoincriminação, pelos mesmos fundamentos exarados acima, a presunção de inocência também passa a ser infringida. A partir do momento que, no curso de um procedimento de investigação, se compele um indivíduo a produzir prova que pode lhe ser desfavorável, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que ele tinha até o momento da extração passa a não existir mais.

Pondera Renato Brasileiro de Lima que:

Parece-nos que a validade dessa identificação do perfil genético estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco de se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil

---

210 BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.086334-3/001. Relator (a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, julgado em: 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=cria%E7%E3o%20banco%20dados&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-4&listaRelator=3-69161&dataJulgamentoInicial=22/07/2015&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 13 out. 2015.

genético. Todavia, se estivermos diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, parece-nos que não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa arguir eventual violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.<sup>211</sup>

Assim, desde que o indivíduo não seja compelido a se submeter à extração, o exame poderá ocorrer normalmente.

Porém sabe-se que os direitos fundamentais não são revestidos de caráter absoluto, devendo existir uma ponderação entre os mesmos, a fim de se chegar a uma conclusão mais justa.<sup>212</sup>

Neste diapasão leciona Suzana Toledo Barros:

As normas que dispõem sobre os direitos fundamentais têm caráter principiológico, atuando no campo das situações plausíveis, e, por isso, os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador ordinário. A restrição pode dar-se de três formas distintas: (...) que a Constituição não limite direta ou indiretamente o direito fundamental. (...). Explica a autora que existe a possibilidade de uma intervenção legislativa com caráter restritivo, ainda que não exista a outorga ou limitação constitucional. Considera que os direitos fundamentais estabelecem posições jurídicas e, por isso, podem ser objeto de ponderação em caso de aparente conflito com outros direitos fundamentais. Caberá ao órgão jurisdicional fazer a ponderação de bens e interesses para determinar a aplicação de um ou de outro direito e, por consequência, limitar o alcance do direito sacrificado.<sup>213</sup>

Não se busca aqui explorar esta dimensão do problema. Contudo, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, "constata-se certo consenso quanto ao fato de que, em princípio,

---

<sup>211</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 107.

<sup>212</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

<sup>213</sup> BARROS, Suzana Toledo. *apud* LOPES JR., Aury. *Ibid.*, p. 643.

nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição”.<sup>214</sup>

Neste contexto, nota-se que o conteúdo da dignidade da pessoa humana passa a ser visto como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e sua violação será sempre, e em qualquer caso, desproporcional.<sup>215</sup>

Em sendo assim, partindo do pressuposto de que o núcleo essencial da garantia à não autoincriminação é a liberdade, e que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana é a capacidade de autodeterminação do indivíduo, seus valores etc, tem-se que a prova é considerada inconstitucional a partir do momento em que a medida é imposta ao sujeito, sendo ele acusado ou apenado, momento em que ocorre a violação aos seus direitos e garantias reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Por fim, considerando que a Lei nº. 12.654/2012 trata-se de uma nova abordagem acerca da identificação criminal, inaugurando no nosso ordenamento jurídico a identificação por DNA, por ora a doutrina e a jurisprudência são insuficientes quanto ao tema, havendo, portanto, um caminho ainda a ser trilhado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do tema.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Deduz-se da leitura do dispositivo que, relativamente à identificação criminal, que encontra previsão na própria Constituição (artigo 5º, LVIII), bem como nas Leis nº. 12.037/2009 e Lei nº. 12.654/2012, a medida seria imposta ao indivíduo que se enquadrasse nos termos da lei, não podendo este se escusar de cooperar alegando ofensa aos princípios e garantias resguardados constitucionalmente.

A partir desse pressuposto, bastaria a previsão legal da coleta para autorizar sua extração, voluntária ou compulsória, bem como a demonstração dos requisitos da essencialidade à investigação e da condenação pelos crimes elencados no artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984.

---

<sup>214</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008. p. 123.

<sup>215</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008. p. 124.

Contudo, se realizada de forma compulsória, a coleta de material biológico para fins de identificação pelo DNA se depara com entraves frente à própria Constituição Federal, que prevê os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, bem como a garantia à não autoincriminação.

Em contrapartida, se enxergada como um direito subjetivo do indivíduo, a coleta de material biológico tornar-se-ia constitucional, atendendo aos interesses do sujeito. A partir do momento em que há a concordância do indivíduo em se submeter à técnica, seus direitos e garantias constitucionalmente assegurados são respeitados. Não seria um tratamento a ser imposto pelo Estado, e sim uma alternativa benéfica, muitas vezes, ao próprio sujeito, vez que a prova obtida com a extração é caracterizada por ser, no mais das vezes, decisiva no momento da análise probatória.

Destaca-se que a obrigatoriedade do método imposta pela Lei nº. 12.654/2012 deve ser considerada inconstitucional pela ofensa aos diversos princípios e garantias que são inerentes aos sujeitos de direito. Considera-se que a autonomia do indivíduo em não se submeter à medida de intervenção, a decidir conforme dita sua razão, bem como a garantia à não autoincriminar-se, preponderariam ante a coerção por parte do Estado.

Longe de exaurir o tema, diante das hipóteses previstas na Lei nº. 12.654/2012, o sujeito que ali se enquadra tem a opção de escolher se concorda ou não em se submeter à extração requerida pelos legitimados, pois só assim os seus direitos garantidos pela Constituição Federal e a sua dignidade seriam respeitados.

Objetivou-se, assim, com esta pesquisa, colaborar para o debate relativo à constitucionalidade da Lei nº. 12.654/2012, bem como para o desenvolvimento jurídico pertinente ao tema. Considerando que a medida é controversa e inovadora, a coleta de material biológico para fins de identificação por DNA deve ser estudada e analisada sob pontos de vista distintos, sendo de extrema importância a participação do Judiciário na condução de eventuais interpretações acerca de sua constitucionalidade, visando dirimir futuras controvérsias a respeito do tema.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. **Jurisway**. 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7872](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7872)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

ANSELMO, Marcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Conjur**. 02 jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 1 set. 2015.

ARAÚJO, L. A. D; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. Histórico dos processos de identificação. **Instituto de Identificação**. Disponível em: <[http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico\\_processos.pdf](http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2015.

Associação dos papiloscopistas policiais do estado de Goiás – APPEGO. A Datiloscopia e a datilograma. Disponível em: <<http://www.appego.com.br/papiloscopistas-goias/35-a-datiloscopia-e-a-datilograma>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. 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: 3 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.054, de 07 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10054.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm)>. Acesso em: 05 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 11 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 3 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 12965 DF 2002/0068783-6**. Relator: Ministro Feliz Fischer, 5ª turma, julgado em: 07 out. 2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219129/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-12965-df-2002-0068783-6>>. Acesso em: 05 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 568**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=568.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 3 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.086334-3/001**. Relator (a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, julgado em: 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=coleta%20material%20gen%E9tico&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-4&listaRelator=3-69161&dataJulgamentoInicial=22/07/2015&dataJulgamentoFinal=22/07/2015&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal nº. 1.0024.13.091242-1/001**. Relator (a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, julgado em: 18 jul. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=5&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=identifica%E7%E3o%20criminal&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=2-3&listaRelator=2-2849990&dataJulgamentoInicial=18/06/2014&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 08 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil** : promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 5 out. 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: 20 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília, DF, 1 out. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF,

28 maio 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 9.034, de 03 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 3. maio 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

CAOP da criança e do adolescente. Disponível em: <[http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca\\_igualdade\\_10\\_4\\_1\\_1.php](http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_10_4_1_1.php)>. Acesso em: 24 set. 2015.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CORAZZA, Thaís Aline Mazetto. Direito à intimidade genética e os bancos de perfis criminais (Lei 12.654/2012): Análise crítica à luz da bioética. **Publica direito.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5fd2524092de9576>>. Acesso em: 1 set. 2015.

CASCIANI, Dominic. Q&A: The National DNA database. BBC News. 07. maio 2009. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/7532856.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/7532856.stm)>. Acesso em: 2 set. 2015.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Prova Científica: Exame Pericial do DNA.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches, Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?). **Jusbrasil.** 2012. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

ENZO, Alexandre. et al. O uso de perfis genéticos para fins de prevenção criminal. **Direito Unifacs – Debate virtual.** 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2048>>. Acesso em: 1 set. 2015.

Federal Bureau of Investigation. CODIS. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>>. Acesso em: 1 set. 2015.

FILHO, Adalberto Salvador Noronha. **Direitos humanos fundamentais e a evolução da identificação criminal: da mutilação ao perfil genético.** Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01->



2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

GRECO, Alessandro. Impressão digital: assinatura do crime. **Guia do estudante**. 01. maio 2005. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/impressao-digital-assinatura-crime-434121.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. Banco de Perfis Genéticos dos Criminosos: Tratamento Normativo na Lei Espanhola e na Lei Brasileira. **Publica direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Histórico sobre identificação no Brasil. Associação dos peritos papiloscópicos do Espírito Santo. Disponível em: <[http://appes.com.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=190&Itemid=84](http://appes.com.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=190&Itemid=84)>. Acesso em: 19 out. 2015.

KAWAMURA, Bárbara. **Desenvolvimento de um banco de dados genético brasileiro para marcadores STR do cromossomo X**. 2013. 56. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Farmácia). Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/119527/000742539.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LINO, Bruna Paula Calegari. **Estudo sobre a viabilidade de aplicação da Lei de identificação criminal, Lei nº. 12.037/2009, ao adolescente que tenha cometido ato infracional**. 2013. 63. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/117170/Bruna%20Paula%20Calegari%20Lino.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 out. 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antonio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_identificacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2015.

MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MARTIN, Miguel Ângelo. Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu. **Jus Brasil**. mar. 2015. Disponível em: <<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

MARTINS, Filipe. Lei 12.654/12: a identificação criminal por perfil genético no Brasil. **Jus Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://lipezmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova? **Carta Forense**. 02 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em: 12 out. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei de identificação criminal. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6898](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6898)>. Acesso em: 05 set. 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010.

OLIVEIRA, Alexandre Madureira de., NEPOMUCENO, Eduardo. Lei 12.654 de 28 de maio de 2012: uma nova identificação criminal. **Letras jurídicas**. 19 set. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=626>>. Acesso em: 13 out. 2015.

Papiloscopia. História da identificação e seus personagens. Disponível em: <<http://www.papiloscopia.com.br/historia.html>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

PORTUGAL, Lei nº. 40/2013. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/06/12000/0346703472.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Recommendation n°. R (87) 15. Disponível em:  
<[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec\\_1987\\_15.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Rec_1987_15.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2015.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SABOIA, Brenda Schio. **Intervenção corporal, identificação criminal via DNA e o princípio nemo tenetur se detegere**. 2014. 50. f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em:  
<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014\\_2/brenda\\_saboia.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_2/brenda_saboia.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2008.

SCHNEIDER, Peter M. Scientific Activities. Ednap. 2013. Disponível em:  
<<http://www.isfg.org/EDNAP/Activities>>. Acesso em: 2 set. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

University of Leicester. The history of genetic fingerprinting. Disponível em:  
<<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/history-gf>>. Acesso em: 1 set. 2015.

WILLUWEIT, Sascha. History of EDNAP. Ednap. 2009. Disponível em:  
<<http://www.isfg.org/EDNAP/History>>. Acesso em: 2 set. 2015.

## **CÃO QUE LADRA MORDE: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN) EFETIVIDADE DO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.**

**MARCELLE PEREIRA DOS SANTOS OLIVEIRA:**

Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do Oeste Baiana - UFOB.

**RESUMO:** O estudo do delito de ameaça à luz da Lei Maria da Penha constitui-se de extrema relevância para a sociedade, já que diz respeito, em linhas gerais, à análise dos danos provenientes da prática de violência psicológica no âmbito doméstico ou familiar. Com isso, este trabalho teve como objetivo analisar a função social da Lei Maria da Penha, partindo da ideia de que a Lei nº 11.340/06 possui uma grande gama conceitual, inovando na definição de violência psicológica e, empós, destacando os diferentes graus de lesividade da liberdade individual, ressaltando o maior prejuízo da conduta, quando a ameaça é praticada no âmbito doméstico ou familiar, inclusive, por poder a ação se desdobrar em crimes mais graves. Objetiva-se, abordar em um terceiro momento a importância de investimento em políticas públicas educacionais e assistenciais capazes de barrar a violência contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar. Os resultados mostram que, embora a Lei Maria da Penha tenha trazido inúmeros avanços nas discussões e na prática das temáticas de gênero e na aplicação dos instintos penais, sua observância ainda está longe de ser atendida, por essa razão justifica-se a análise da sua real eficácia social, principalmente, nas tratativas do crime de ameaça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ameaça; Lei Maria da Penha; Violência Psicológica; Políticas Públicas.

**ABSTRACT:** The study of the crime of threat in the light of the Maria da Penha Law is extremely relevant for society, since it relates, in general, to the analysis of injuries resulting from the practice of psychological violence in the domestic or family sphere. Thus, this work aimed to analyze the social function of the Maria da Penha Law, starting from the idea that Law 11.340 / 06 has a wide conceptual range, innovating in the definition of psychological violence and, after all, highlighting the different degrees of prejudice to individual freedom, highlighting the greatest damage to conduct, when the threat is practiced in the domestic or family sphere, including, because the action can result in more serious crimes. The objective is to address, in a third moment, the importance of investing in public educational and assistance policies capable of stopping violence against women in the domestic or family environment. The results show that, although the Maria da Penha Law has brought countless advances in discussions and in the practice of gender themes, and in the application of penal instincts, its observance is still far from being attended to, for this

reason the analysis of its real social effectiveness is justified, mainly, in the dealings of the crime of threat.

**KEYWORDS:** Threat; Maria da Penha Law; Psychological violence; Public policy.

## 1 INTRODUÇÃO

A igualdade de gênero, como premissa básica no exercício da dignidade da pessoa humana, constitui-se de extrema relevância para a sociedade e para o Estado brasileiro, pois a equiparação entre homens e mulheres, sob a ótica da Constituição Federal, garante aos cidadãos, independentemente do gênero, as mesmas obrigações, direitos, responsabilidades e oportunidades.

No entanto, diante das formações patriarcais da maioria dos sistemas sociais, o gênero feminino sofre de latente desvalorização nas esferas privadas e institucionais, fazendo com que as mulheres sejam subjugadas e vulnerabilizadas nas diversas relações, inclusive, as afetivas e familiares. Nesse contexto, e diante da movimentação de diversos grupos feministas brasileiros, fora sancionada no Brasil a Lei Maria da Penha (11.340/2006), a qual buscou criar mecanismos para prevenir e coibir a violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, em consonância com a Constituição Federal e com os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Nesse diapasão, hodiernamente, em que pese a Lei Maria da Penha, com base em seu caráter tríplice (prevenção, proteção e punição), contribua para a diminuição dos índices de violência contra as mulheres e forneça recursos inovadores na ordem jurídica vigente, ainda são altos os episódios em que as mulheres, sejam elas esposas, mães, filhas, continuam a sofrer violência doméstica e familiar, tendo como consequências danos que não desde à saúde psicológica até a morte daquelas.

Outrossim, respeitando o espírito social a que se propõe, a Lei nº 11.340/06, ao deixar de criar tipos penais, limitou-se, na maioria das vezes, a aplicar suas peculiaridades aos crimes tipificados pelo Código Penal. Partindo dessa premissa, o que se tem é a aplicação de penas e medidas gerais as situações inseridas no âmbito da violência doméstica e familiar, sem observar as especialidades dos casos concretos.

Tal situação é observada de forma latente em relação ao crime de ameaça, delito de menor potencial ofensivo, com ocorrência comum nas relações íntimas de afeto e familiares. O que se tem, em grande parte dos casos, é a recorrente utilização da ameaça como instrumento para permanência da mulher na situação de violência, uma vez que a prática corriqueira de medo e temor dirige a danos psicológicos gravíssimos. Ademais, o delito de ameaça, quando praticado no âmbito da violência doméstica, não costuma ter

um fim em si mesmo, desdobrando-se em condutas ainda mais agressivas como a lesão corporal e o feminicídio.

Diante disso, o presente artigo pretende problematizar acerca da (in)efetividade do art. 147 do Código Penal (crime de ameaça) no âmbito da violência doméstica e familiar, uma vez que o delito de ameaça, quando praticado nos moldes da Lei Maria da Penha, por vezes, funciona como pressuposto inicial e de continuidade de crimes praticados contra as mulheres, resultando em “feminicídios domésticos”, bem como é hipótese de contínuo dano psicológico para as mulheres em situação de violência. Busca o presente trabalho destacar o grau de lesividade da conduta ameaçadora, posto que essa acontece de maneira reiterada, desaguando em uma série de problemas psicológicos e físicos para a mulher.

Para isso foi traçado como objetivo geral fazer uma análise acerca da efetividade da Lei Maria da Penha, quando referente ao delito de ameaça contra a mulher no âmbito da violência doméstica, familiar e das relações íntimas de afeto, considerando a lesividade da conduta ameaçadora, quando praticada no ambiente doméstico, bem como destacando a sua transformação em delitos e condutas de maior gravidade.

Em decorrência desse objetivo geral, foram listados como objetivos específicos: a exposição da evolução histórica do direito das mulheres brasileiras, além de um aprofundamento sobre a Lei Maria da Penha e os tipos de violência por ela conceituados; demonstrar os pormenores da conduta da ameaça, evidenciando as distinções entre aquela praticada no âmbito doméstico e familiar ou prática nos termos gerais do Código Penal; trazer à discussão a importância do investimento em políticas públicas não punitivistas, capazes de tornar as legislações socialmente eficazes, diminuindo os índices de violência contra a mulher.

Este estudo se justifica devido ao seu relevante caráter social, posto que mulheres, de diferentes raças, cores, condições sociais, morrem, diariamente, dentro das suas próprias casas, pelo fato de serem mulheres; faz-se necessário entender de que forma se dá a eficácia das políticas públicas e também punitivas à luz da Lei Maria da Penha, visando o enfretamento a violência de gênero e a proteção integral da mulher.

A metodologia utilizada neste trabalho tem sua linha de pesquisa caracterizada como descritiva, uma vez que possui o escopo de descrever um fenômeno, buscando observar fatos e interpretá-los. Quanto ao procedimento utilizado, a pesquisa é identificada como documental e bibliográfica, visto que se deu por meio de levantamento bibliográfico a artigos, livros, bem como sites que contêm o pertinente assunto, além de pesquisas jurisprudenciais, a fim de demonstrar quão atuais e corriqueiros são os casos de violência contra a mulher que começam com a prática de violência psicológica e acabam em feminicídios. No que concerne ao tipo de abordagem do problema, a pesquisa será

qualitativa, pois não tem o intuito de obter números no resultado, e sim compreender determinados comportamentos do grupo e o porquê de certas coisas.

Este trabalho está organizado em três partes. A primeira delas discutirá a Lei Maria da Penha, trazendo os tipos de violência contra a mulher. Na segunda parte, optamos por analisar o delito de ameaça à luz da Lei Maria da Penha, trazendo suas principais implicações na vida das mulheres, que vão desde torturas psicológicas até o feminicídio. A terceira, e última parte, abordará a necessidade de investimento em políticas públicas não punitivistas como enfrentamento a violência doméstica e familiar.

## **2 A LEI MARIA DA PENHA E OS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

No dia 07 de agosto de 2006 fora promulgada no Brasil a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, atendendo a recomendação nº 3 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual condenou o Estado brasileiro por omissão e negligência na tratativa das providências relativas às tentativas de assassinato sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes, perpetradas por seu companheiro.

A luta das mulheres, desde a esfera pública até a esfera privada, surge, ao menos parcialmente, da necessidade de autodeterminação feminina dentro das sociedades patriarcais em que estão inseridas. A violência de gênero, em suma, é oriunda da sobreposição dos homens sobre as mulheres, lê-se do exercício de poder exercido sobre o gênero feminino pelo fato de assim ser. Nas palavras de Heleieth Saffioti, (2015), “o patriarcado é um caso específico de relações de gênero”.

Tal sobreposição, historicamente, possui grande reflexo nas relações privadas/conjugais, nas quais os princípios patriarcais exercem forte influência, resultando em um elevado número de mulheres objetificadas e vistas como inferiores nas relações, dentro de seus próprios lares, fato ainda enraizando nas sociedades contemporâneas e indicador da violência doméstica e familiar.

O poder hegemônico do patriarcado nas relações sociais vigentes permite que o mesmo se efetive até na ausência do homem, uma vez que as mulheres, também, incorporam-no e o reproduzem, seja entre si ou na educação de seus filhos e filhas. Isso não ocorre devido à concordância ou à convivência consciente das mulheres, mas devido ao fato do patriarcado funcionar como um sistema regido pelo medo e embebido de ideologia, concretizado em uma sociedade permeada por relações de alienação. (CISNE, Mirla; 2014)

Em que pese à promulgação da supracitada lei tenha advindo do cumprimento da recomendação destinada ao Estado brasileiro, desde os anos 70, o movimento feminista no Brasil se organizava na tentativa de enfrentar a violência contra as mulheres, o que fez com que a Lei Maria da Penha expressasse em seu texto o caráter, sobretudo, social que carrega, refletindo a necessidade de existência de uma legislação específica para tratar dos direitos humanos das mulheres a nível nacional. Destacamos:

A Lei Maria da Penha é resultante de uma longa trajetória de luta dos movimentos feministas e de advocacy feminista no país; ela reforça o dever do Estado brasileiro em garantir vários direitos humanos das mulheres previstos em tratados internacionais dos quais o país já era signatário; traz vários institutos jurídicos e conceitos até então novos na legislação brasileira; e ainda, introduz o conceito de gênero como categoria de análise jurídica. (CAMPOS, SEVERI, 2018).

A Lei Maria da Penha, portanto, baseia-se, em sua essência, no tripé prevenção, proteção e punição, priorizando as ações de atenção e assistência, a fim de possibilitar o aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados no atendimento a mulher em situação de violência e garantir a vida daquela, buscando, também, potencializar a educação como forma de precaução à violência doméstica e familiar.

Outrossim, a Lei nº 11.340/06 possui uma densa gama conceitual que merece ser elucidada, para que, posteriormente, possamos analisar de que forma o delito de ameaça incide na esfera doméstico-familiar e quais seus desdobramentos. Ressaltamos o comentário de Carmen Hein de Campos (2011):

As disposições preliminares, de fato, informam que a Lei cria um estatuto jurídico autônomo, com fundamento legal nos direitos humanos, com mecanismos específicos e apropriados de proteção e assistência, e com uma jurisdição especial para o tratamento dos delitos. Este estatuto jurídico autônomo estabelece regras próprias de interpretação, aplicação e de execução.

Diversamente das legislações estrangeiras, a Lei Maria da Penha incide, tão somente, em âmbitos específicos da violência de gênero, como o ambiente doméstico, familiar ou em uma relação íntima de afeto, dirigida contra a mulher, baseada no gênero, em consonância com sua natureza de política criminal. E, para isso, em seu art. 7º, a mencionada lei define violência para além da conceituação utilizada no direito penal, elucidando o que vem a ser violência física, sexual, patrimonial, moral e psicológica. Vejamos:



Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006)

Apesar da violência física – que, normalmente, deixa marcas nas vítimas – ser amplamente visualizada pela sociedade e pela própria mulher, as violências morais, sexuais, patrimoniais e psicológicas são invisibilizadas quando praticadas dentro do ambiente doméstico, acarretando um verdadeiro “consentimento social”.

Nota-se, ainda, que a Lei Maria da Penha se preocupou em conceituar as formas de violência, entretanto, os tipos penais ensejados por essa, continuam tipificados pelo

Código Penal. Reitera-se que, embora possua caráter protetivo, a Lei nº 11.340/06 não se encarregou a exceção do art. 24-A, de criar novos tipos penais, entretanto, trouxe inovações legislativas capazes de assegurar a possibilidade de tratamento diferenciado do processo no momento em que versar sobre delitos praticados na esfera domiciliar/familiar.

Conforme evidencia Maria Berenice Dias (2010), as formas de violência elencadas na Lei Maria da Penha deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor, afinal, nem todas as ações que configuram violência doméstica constituem delitos. É o que se pode observar na maioria das condutas ensejadoras de violência psicológica, como por exemplo, as ações que visam negar o outro, diminuir emocionalmente, desestabilizá-lo.

Em relação às mudanças no sistema jurídico, destacamos a criação das Varas Especializadas, estabelecimento das medidas protetivas, vedação da utilização dos institutos aplicáveis aos Juizados Especiais Criminais, entendimentos jurisprudenciais que levaram o reconhecimento do caráter incondicional da ação penal pública em relação às lesões corporais praticadas contra a mulher, exigência da presença do Juiz nos casos de renúncia em ações penais condicionadas à representação da ofendida, dentre outros.

Em seus quatorze anos de vigência, é inegável o avanço no enfretamento a violência doméstica e familiar oriundo da promulgação da Lei Maria da Penha, nunca se discutiu tanto sobre aspectos de gênero, relações familiares, dupla jornada de trabalho da mulher, formas de violência, contudo, é possível observar, até o momento, a continuidade no crescimento do número de violências perpetradas contra as mulheres, além dos alarmantes números de feminicídios, o que faz emergir a seguinte questão: a tratativa dada as mulheres vítimas do crime de ameaça no âmbito doméstico/familiar é medida eficiente para a proteção daquela, ante o elevado grau de sofrimento psíquico a que é exposta, bem como diante do alto número de conversão de ameaças domésticas em verdadeiros feminicídios?

### **3. ANÁLISE DO DELITO DE AMEAÇA À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA**

O Código Penal preleciona, em seu artigo 147, que ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave é crime com pena de detenção, de um a seis meses, ou multa, que somente poderá ser procedido mediante representação da vítima.

Segundo o dicionário Candido de Figueiredo (1899), ameaçar é intimidar, anunciar castigo ou malefício, estar iminente. Ao definir a conduta da ameaça, o legislador preocupou-se em proteger a liberdade individual, ainda que tal fato não configurasse lesão à integridade física ou moral do indivíduo.

A Lei Maria da Penha, por sua vez, embora não tenha criado muitos tipos penais incriminadores, definiu, dentre outros comportamentos, como violência psicológica qualquer conduta que cause dano emocional, prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da mulher ou vise desagradar ou controlar suas ações. Logo, em uma análise inicial, podemos perceber que, em um parâmetro interpretativo dado por meio da Lei nº 11.340/06, a ameaça configura clara conduta embutida no conceito de violência psicológica contra a mulher.

De certo, a violência psicológica possui uma alta carga de naturalização na sociedade atual, por fazer parte da grande maioria dos relacionamentos afetivos, a comunidade em geral questiona o fato de mulheres permanecerem em relacionamentos abusivos, em vez de se inquietarem com o porquê dos homens serem portadores de violência dentro dos seus próprios lares.

A psicóloga e pesquisadora Leonore Walker (1979), após estudos realizados com mulheres em situação de violência, constatou que as agressões realizadas em um contexto afetivo/amoroso ocorrem dentro de um ciclo repetitivo e em um curto período de tempo, o que dificulta a saída da mulher da situação de violência em que está inserida, visto que as ameaças e desvalorização contribuem para seu estado de vulnerabilidade. Nas palavras de Leda Maria Hermann (2008), violência psicológica implica em lenta e contínua destruição da identidade e da capacidade de reação e resistência da vítima, sendo comum que progrida para prejuízo importante à sua saúde mental e física.

O que deve ser ressaltado é que se qualquer indivíduo pode ter sua liberdade individual cerceada ao ser vítima do crime de ameaça, como disposto no Código Penal, maior será o cerceamento quando o crime acontece rotineiramente, no ambiente domiciliar da vítima/agressor, perpetrado em face de uma vítima em estado de vulnerabilidade, cujo sujeito ativo exerce relação de poder.

No que diz respeito ao grau de lesividade da conduta, é necessário ponderar as diferenças existentes entre a ameaça praticada dentro do âmbito da violência doméstica e a praticada fora do ambiente familiar. A liberdade psíquica, bem jurídico tutelado pelo crime em análise, é afetada de maneira diversa, haja vista umas das vítimas experimentar cotidianamente situações de medo, pavor e pressão psicológica.

Nesse sentido, acrescenta-se que uma das principais características do delito de ameaça na medida em que acontece no ambiente familiar e nas relações de afeto, diz respeito ao fato das condutas ameaçadoras ocorrerem de maneira frequente e repetida, isto é, a conduta não se encerra em si mesma, como um ato ou delito isolado, ela se repercute, aumentando, na maioria das vezes, o grau de lesividade. Enfatiza Saffioti (2004):

A violência doméstica, aquela ocorrida no âmbito doméstico, apresenta características específicas. Uma das mais relevantes é a sua rotinização, ou seja, ela incide sobre as mesmas vítimas, tornando - se rotineira: os agressores são geralmente maridos, companheiros ou ex -maridos e ex -companheiros das vítimas.

O evento da repetição gera a análise de dois desenlaçamentos; primeiro, o fato da ameaça ser reiterada aumenta o dano psíquico causado a mulher, visto que qualquer pessoa inserida em um ambiente ameaçador vive em elevado grau de tensão, desenvolvendo maiores problemas psicológicos, estresse, bem como transtornos psiquiátricos; segundo, o fato de ter seu potencial psicológico atingido pelas ameaças torna a mulher em situação de violência mais vulnerabilizada, dificultando a ruptura do ciclo em que está inserida.

Corroborando com a ideia exposta, é possível compreender melhor a diferença ao visualizar na prática as situações descritas, é o caso das ocasiões que encerram ameaças de morte, na esfera domiciliar aquelas possuem um caráter de imediatismo e maior grau de intimidação, afinal, as mulheres continuam a conviver com o sujeito ameaçador, vivenciando o temor da morte no cotidiano. É como acordar, escovar os dentes, trabalhar, dormir, sem a certeza de que viverá outro dia, uma vez que não se pode prever quando e se a ameaça será efetivada.

Deve-se ressaltar, ainda, a posição do sujeito ativo do crime de ameaça, quando perpetrado nas hipóteses descritas na Lei Maria da Penha, o autor do fato é pessoa de confiança com a qual a mulher possui vínculo de afeto e amorosidade e, principalmente, pessoa que exerce sobre ela relação de poder, oriunda da configuração do sistema patriarcal.

No que tange as mudanças oriundas do advento da Lei Maria da Penha que atingiram diretamente a aplicabilidade do delito de ameaça, ressalta-se o afastamento de qualquer possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais, portanto, são inaceitáveis a transação penal e a suspensão condicional do processo, e é vedada a aplicação de pena de natureza pecuniária ou de prestações de cestas básicas, assim também a substituição da pena que implique o pagamento isolado de multa, nos termos do art. 17 da Lei nº 11.340/06. Nesse sentido Nadia Gerhard:

Além disso, como inovação e firmeza, a lei estabelece e tipifica todas as formas de violência doméstica, retira dos Juizados Especiais Criminais (JECrim) a competência para julgar os casos de violência doméstica contra a mulher que passa a ser considerada de maior potencial ofensivo, proíbe a aplicação de penas pecuniárias e multas,

possibilita a prisão em flagrante, prevendo a prisão preventiva, se houver risco da integridade física da mulher e de seus descendentes e altera o art. 61 do Código Penal para considerar esse tipo de violência como agravante de pena. Essas necessárias modificações no Código Penal e Processual Penal tem como escopo a garantia de proteção da vítima e de seus filhos e de suas filhas. (GERHARD, 2014)

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar

contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. (Lei Maria da Penha)

Cumprido destacar que, de acordo com o Código Penal Brasileiro, a ameaça é crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima, de maneira que a persecução criminal só se inicia após a manifestação da ofendida à autoridade policial. A Lei Maria da Penha acrescenta, também, que nesse tipo de ação, a renúncia da representação só será admitida perante o juiz, em audiência designada para tal finalidade, medida de política criminal que merece destaque.

De fato, o legislador, ao condicionar a possibilidade de retratação da representação à realização de audiência com a presença do Juiz buscou proteger a mulher em situação de violência. Contudo, não é possível perceber até que ponto tal medida é eficaz, já que as mulheres vítimas de ameaça, como exposto alhures, estão imersas em um ciclo de violência, medo e temor que as deixam vulnerabilizadas e dificultam as tomadas de decisões de maneira objetiva. Destacamos o entendimento do Ministro Marco Aurélio:

[...] Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica revelar os grandes impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão (STF - ADI 4424, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

Nesse diapasão, entende-se que se o legislador em vez de ter possibilitado a realização de audiência de retratação, tivesse expressamente declarado de ação penal pública incondicionada as condutas tipificados no código penal como ameaça, quando realizadas no âmbito doméstico/familiar, os efeitos práticos à nível de política criminal, diminuição de impunidade, insegurança e proteção à mulher seriam ainda maiores, afinal, quando as mulheres são ameaçadas dentro de suas casas e relacionamentos, o interesse em questão não é particular, trata-se de uma típica violação dos direitos humanos das mulheres, não podendo o Estado se omitir.

Dito isso, no que concerne ao grau de efetividade do art. 147 do Código Penal à luz Lei Maria da Penha, quando referente à violência doméstica e familiar, faz-se necessário trazer o conceito de efetividade. Nas palavras de Barroso (1993), "a efetividade propugna não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua real aplicação". Dessa forma, a efetividade possui direta ligação com a o atingimento da função social da norma e da sua aptidão formal para reger as situações da vida. O Autor acrescenta que:

a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social." (BARROSO 1993)

A partir da análise das situações descritas, que evidenciam a lesividade do delito de ameaça quando praticado no ambiente doméstico/familiar e considerando, ainda, que aquele funciona, muitas vezes, como porta de entrada para diversas condutas delituosas, o tratamento jurídico dado à matéria não se mostra efetivo o suficiente para cumprir a função social que se propõe, qual seja evitar o dano causado à liberdade individual e psicológica da mulher em situação de violência, bem como impedir sua evolução para casos de agressões físicas e feminicídios.

À vista disso, não se estar a dizer que a Lei Maria da Penha não cumpre muitos de seus objetivos, contribuindo em massa para a diminuição das situações de violência domésticas, familiares e afetivas, entretanto, como um dispositivo legal com caráter social que é, carece de adaptações às realidades de gênero, que exigem da política criminal um olhar dentro das suas peculiaridades, com as adequações sociais necessárias.

#### **4.A UTILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NÃO PUNITIVISTAS COMO ENFRENTAMENTO PRIMÁRIO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

Embora a Lei Maria da Penha traga em seu próprio texto as alternativas para contenção do avanço da violência doméstica e familiar, calcadas no tripé proteção, prevenção, conscientização, sua observância ainda está longe de ser atendida.

O maior foco da Lei 11.340/06 é oferecer suporte à mulher e fomentar a educação como forma de prevenção à violência doméstica, contudo os números mostram que as ameaças e violências em geral contra mulheres não param de crescer.

Inicialmente, é importante destacar que a construção histórica do Brasil favorece o crescimento de um ideal punitivista na população que, em sua maioria, almeja a justiça, desde que se concretize com o encarceramento dos agressores/autores do fato; a utilização da pena privativa de liberdade é vista com bons olhos pela sociedade, ainda que evidencie descrédito à eficiência do sistema penal, tampouco proporcione benefícios de reinserção do indivíduo na comunidade. Nas palavras de Leonardo Sica (2007):

A punição irracional, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que os oprime [...] Em outras palavras, a justiça penal deve dispor da mínima força e sempre que possível prescindir do recurso à violência legal, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência, são constantes impossíveis de eliminar.

Ademais, o sistema punitivista assevera as dicotomias sociais, posto que o perfil dos presos, inclusive, os autores de violência doméstica/familiar, é, na maior parte, formado por pardos e pobres, fato que contribui para a desigualdade social e fomenta a violação dos direitos humanos nas camadas mais invisíveis da sociedade, como assevera Selma Santana e Carlos Alberto Santos (2018), "o discurso de combate ao crime tem servido como alibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado".

Entrementes, é importante observar que ao defender os direitos humanos das mulheres, não se pode perder de vista os direitos humanos dos grupos também vulnerabilizados ao longo da história, como os negros e os mais pobres. Assim sendo, é necessário pensar numa política punitiva que proteja as vítimas, sem lesar os agressores, afinal, em que pese a proteção da mulher em situação de violência seja a prioridade da legislação e do Estado, para superar o problema é imprescindível transformar o comportamentos dos autores.

Chama-se atenção para o fato de que ainda nos casos relacionados à violência doméstica e familiar o grau de afetividade existente entre a vítima e o agressor faz com que o punitivismo afaste a mulher das redes de apoio, é o que explica Marília Montenegro (2020), ao afirmar que “colocamos a mulher numa responsabilidade que a afasta da denúncia”.

Decerto, como já exposto, a Lei Maria da Penha, teoricamente, inovou nas tratativas de prevenção e proteção às mulheres, encarando o viés punitivista em segundo plano; logo, é de se questionar os motivos de inexistir estagnação ou diminuição nos números relacionados à prática de violência e, talvez, não seja engano afirmar que a vida das mulheres ainda não é prioridade para o Estado patriarcal.

Desse modo, diante da ineficiência do atual sistema penal, evidencia-se a indispensabilidade de maior financiamento nas políticas públicas de educação e assistência, muitas das quais já foram previstas na Lei Maria da Penha, nesse sentido destaca Maria Lúcia Karam (2006):

É preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil, simplista e meramente simbólico apelo à intervenção do sistema penal, que, além de não realizar suas funções explícitas de proteção de bens jurídicos e evitação de condutas danosas, além de não solucionar conflitos, ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, privando da liberdade e alimentando diversas formas de violência.

Nesse contexto, salienta-se, por exemplo, a atualização legislativa da Lei Maria da Penha (Incluídas pela Lei nº 13.984, de 2020), no que se relaciona à obrigatoriedade da frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Tal inovação atinge uma das raízes do problema da violência doméstica e familiar e, se devidamente financiada, contribuirá para desconstrução dos papéis sociais de gênero, na medida em que proporcionarão reflexão e atendimento psicológico.

Os grupos reflexivos, por exemplo, possuem como escopo promover um espaço de intervenção que possibilite ao homem sua percepção como sujeito ativo na construção da dinâmica de violência, momento em que poderá ser levado à discussão assuntos como masculinidade, papéis de gênero e comportamentos tóxicos, partindo da premissa que a os padrões de violência são frutos de uma dinâmica social que se arrasta ao longo da história.



Outro destaque considerável é o grau de resolutividade dos conflitos, quando trabalhados em rede. A ameaça, bem como os demais delitos cometidos no âmbito da violência doméstica/familiar perpassam as grades do direito, sendo um problema multidisciplinar, já que a mulher e o agressor precisam de atuação da assistência social, da rede de educação, saúde e outros ramos do direito que são negligenciados pelo financiamento público, Nesse sentido, Carolina Medeiros (2015):

É essencial que se ampliem as discussões (e práticas) a respeito das mulheres formas de enfrentamento dos conflitos domésticos, principalmente através da responsabilidade para outros ramos do Direito, como também pela utilização de medidas psicoterapêuticas, conciliadores e pedagógicas, rompendo assim com o paradigma penalista tradicional de que só se resolve o problema da criminalidade com a energia penal.

Nessa ceara, os investimentos precisam ser ainda maiores no interior do país, lugar onde a Defensoria Pública ainda não conseguiu se enraizar, contribuindo para a carência na prestação de assistência judiciária gratuita às mulheres em situação de violência. Além disso, os programas socioassistenciais caminham com maiores dificuldades, haja vista que a maioria dos municípios interioranos não dispõe de quantidade de habitantes suficientes para receber financiamento federal destinados aos programas assistenciais de referência especializada.

Continuando esse raciocínio, vale ressaltar a importância do investimento em educação relativa à prevenção de todas as formas de violência contra a mulher desde a educação básica, se as crianças crescessem com acesso a educação preventiva, que evidenciasse a igualdade de gênero e enfrentasse a violência, as medidas protetivas e punitivistas seriam utilizadas em menor grau no futuro.

Por fim, após essas considerações, é necessário destacar que as medidas preventivas e educativas devem servir como instrumento primário ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos casos em que essas medidas não são eficazes, no entanto, a prisão do agressor funciona como maneira eficiente para evitar que os episódios evoluam a casos de feminicídios, como comumente acontece com o delito de ameaça.

## **5 CONDISERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise minuciosa acerca da violência doméstica e familiar, enfatizando a inefetividade da aplicação do delito de ameaça, quando praticado no âmbito residencial da mulher ou dentro de relações afetivas.

A consequência disso é a maior lesividade da liberdade psíquica da mulher em situação de violência, uma vez que essa convive cotidianamente com temor, medo e pavor.

A pesquisa do tema é de extrema relevância na atualidade, posto que a violência doméstica, como forma de violência de gênero atinge diversas mulheres no país e, em muitos casos, desenvolvem-se até o mais grave delito contra a vida, resultando em feminicídios. O estudo do grau de eficácia social do crime de ameaça, quando praticado à luz da Lei Maria da Penha é matéria relevante para o meio acadêmico que busca por meio de pesquisas e estudos aprofundar nas maneiras eficientes de proteção à mulher, com o recorte que a perspectiva de gênero impõe.

Percebeu-se até aqui que, com a promulgação da Lei Maria, os temas sociais voltados ao enfrentamento da violência contra a mulher ganharam nova roupagem, haja vista a sua adequação aos direitos humanos das mulheres e maior visibilidade dispensada pela mídia e pelo avanço das redes sociais. É nesse diapasão, considerando os avanços trazidos com a Lei nº 11.340/06, que se faz necessária a análise, principalmente, dos dispositivos que não conseguem atingir sua máxima eficácia, já que os números relacionados às agressões domésticas e feminicídios continuam a crescer.

Ao longo do trabalho foi possível perceber as consequências oriundas da prática do crime de ameaça dentro do ambiente doméstico, asseverando o grau de tortura psicológica enfrentado pela mulher que, rotineiramente, convive com o agressor, fato que dificulta o rompimento do ciclo de violência e traz lesões psicológicas muito maiores do que as comparadas às situações de ameaça enquadradas no Código Penal.

Como foi demonstrado, a mulher em situação de ameaça possui dificuldade em romper o ciclo de violência, estando em estado de vulnerabilidade capaz de viciar, inclusive, eventual retratação de representação quando vítima do crime de ameaça. E, então, que surge a necessidade de refletir que tipo de política pública é capaz de trazer melhora para o cenário atual, em que mulheres continuam a morrer em virtude de serem mulheres, dentro dos seus próprios lares.

É notório que o sistema punitivista não se mostra suficiente ao combate à violência nos moldes gerais, resultando no que chamamos de encarceramento em massa. O resultado dessa equação não é outro, senão a necessidade de maior investimento em políticas públicas capazes de criar mecanismos de educação e assistencial social, com fulcro na tratativa da violência doméstica em caráter preventivo, além de proporcionar acolhimento suficiente para as famílias nos casos de violência já perpetradas.

A solução buscada não é fácil, o Congresso Nacional é formado, em sua maioria, por homens, o que reflete diretamente na ausência de políticas públicas específicas para as

mulheres. Ademais, a sociedade atual ainda colhe os frutos do sistema patriarcal, não encarando os problemas de discriminação contra a mulher como algo prioritário. Contudo, é imperioso ressaltar que o maior engajamento do gênero feminino na política garantiria o maior interesse nos financiamentos das políticas públicas voltadas às mulheres, desde a educação das vítimas até a dos agressores, bem como proporcionaria a releitura da Lei Maria da Penha e das demais legislações vigentes, como o Código Penal, a partir da perspectiva de gênero, entendendo as peculiaridades na aplicação de determinados delitos, quando praticados no ambiente domiciliar, como a ameaça.

Diante do exposto, conclui-se que o ideal é o maior financiamento de políticas públicas bem planejadas, bem como o fortalecimento das equipes multidisciplinares que possuam como foco a prevenção da violência doméstica. Ressalta-se, ainda, acerca do delito de ameaça, a necessidade de alteração do tipo de ação penal por meio da qual aquele deve ser processado à luz da Lei Maria da Penha, a fim de que passe a ser de ação penal pública incondicionada. Por fim, destaca-se a essencialidade de enfrentamento das questões referentes à violência doméstica e familiar como uma questão interdisciplinar e multifatorial, devendo ser asseverado o diálogo entre o direito penal e os outros ramos do direito, bem como com as outras ciências da rede de acolhimento, afinal, a Lei Maria da Penha tem alma social.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. Lei Nº 11.340, Brasília, de 07 de agosto de 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista** – RJ: Lumen Juris, 2011

\_\_\_\_\_. SEVERI, Fabiana Cristina. **Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2018.

CISNE, Mirla. **Feminismo e Consciência de Classe no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2014, (p.78-79)

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5ª Edição atualizada e ampliada. Salvador. Editora Juspodivm. 2019.

FIGUEIREDO, Candido de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Porto: Livraria Editora Tavares Cardoso & Irmão, 1899

GERHARD, Nadia. **Patrulha Maria da Penha**. 1. ed. Porto Alegre: Age Editora, 2014.

HERMANN, Leda Maria (2008), **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n.º 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo**. Campinas: Servanda

KARAM, Maria Lúcia. **A violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, n. 168, nov./2006, p. 6-7

MEDEIROS, Carolina Salazar L'armée Queiroga de. Reflexões sobre o Punitivismo da Lei "Maria da Penha" com base em pesquisa empírica numa Vara de Violência Doméstica e Familiar conta a mulher do Recife. Recife.2015. Disponível em : <[http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/553/1/carolina\\_salazar\\_queiroga\\_medeiros.pdf](http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/553/1/carolina_salazar_queiroga_medeiros.pdf)> Acesso em 11/01/2021

MONTENEGRO, Marília.[Entrevista concedida a] Bárbara Libório. **Punir ou educar? PLS tentam modificar Lei Maria da Penha**. Revista Az Mina. Disponível em: <<https://azmina.com.br/reportagens/punir-ou-educar-pls-tentam-modificar-lei-maria-da-penha/>> Acesso em 07/01/2021.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. **A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018 p.227-242

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4424, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=639314> 3> Acesso em: 12/12/2020.

WALKER, L.E. **The battered women. Violence Against Women**, 1979, Vol. 1, n.1, p. 32-45

## **PARQUES ECOLÓGICOS COMO LUGARES DE CULTURA E LAZER: construindo um projeto de ampliação do Parque Urbano Juscelino Kubistchek, Zona Ambiental Central de Belo Horizonte (MG)**

**VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:** Geógrafo e Historiógrafo, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Cultural (Filosofia da Arte e Educação, Metodologia de Ensino de História, Museografia e Patrimônio Cultural, Políticas Públicas Municipais). Biólogo e Gestor Ambiental, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Natural (Administração escolar, Orientação e Supervisão, Ecologia e Monitoramento Ambiental, Gestão e Educação Ambiental)

**FLÁVIO MOREIRA DA SILVA**<sup>216</sup>

(coautor)

**RESUMO:** O presente artigo centra-se em questões contemporâneas do Direito Ambiental. Belo Horizonte, (MG), se destaca como a urbe das grandes praças: Boa Viagem, Carlos Chagas, Diogo de Vasconcelos, Floriano Peixoto, Liberdade, Milton Campos, Raul Soares, Rio Branco, Rui Barbosa e São José, todas inseridas no Hipercentro da cidade, a partir do início do século XX e com mais de dez mil metros quadrados. Mas a municipalidade apresenta muitos parques ecológicos com perímetros inferiores às praças citadas como o Halley Alves Bessa, com apenas 3.200 m<sup>2</sup>. Entendendo estes lugares como espaços de cultura e lazer o presente trabalho discute propostas de ampliação e requalificação de Bosques, Parques e Praças nas regionais Central, Leste, Nordeste, Noroeste, Norte, Oeste, Sudeste, Sudoeste e Sul da capital mineira. A Zona Ambiental Central de Belo Horizonte (MG) conta com 23 parques urbanos e ambientes ecológicos. O legislativo de Belo Horizonte, por sua vez, tem militado, construindo propostas de ampliação, criação e implantação de novos parques consolidando-os como ambientes de cultura e lazer. Na Zona Ambiental Central da capital de Minas Gerais, encontra-se o Juscelino Kubistchek, um parque chamado Acaba Mundo e conhecido como Praça JK. Sua importância para as adjacências é uma discussão que apenas se inicia, com vistas a mobilizar a coletividade para juntos, construírem uma proposta de ampliação do Juscelino Kubistchek. A

<sup>216</sup> Licenciado em Geografia pela Faculdade Dom Pedro II (Belo Horizonte). Atua nas mais diversas áreas da Ciência Geográfica, especialmente em Estudos Geo-ambientais, Geografia do Crime e Geografia Urbana.

metodologia deste trabalho baseou-se em ampla revisão bibliográfica acerca da relevância cultural e ecológica dos parques urbanos.

**PALAVRAS CHAVE:** Cultura; Ecologia; Lazer; Parque; Urbanidade;

## **INTRODUÇÃO**

Alguns Projetos de Lei em tramitação na Câmara Municipal recomendam normas de uso de equipamentos dos parques, garantindo comodidade e segurança aos visitantes. Além de indicarem a criação e implantação de novas áreas de conservação de Belo Horizonte, os vereadores ambicionam torná-las espaços apropriados de lazer e saúde para a população na capital. Para os parlamentares, é conciso cobrar do Poder Público a salvaguarda e a valorização dessas áreas como patrimônio geoambiental e ecológico. De acordo com documentos da Prefeitura, nos últimos cinco anos foram instituídos 15 novos parques municipais na Capital, perfazendo 68 áreas geridas pela FUMPAZ - Fundação Municipal de Parques Zoobotânicos, criada em 2005. Compete ao Poder Público divulgar esses lugares e estimular a utilização pela população. Têm parques magníficos na urbe, assegura Bruno Miranda (PDT - Partido Democrático Trabalhista). Para ele, a partir da ocasião em que os aprecia e aproveita, a própria sociedade passa a cobrar sua manutenção.

O vereador Preto (DEM - Democratas) espera que a manutenção e a segurança sejam os temas fundamentais. Segundo a Câmara Municipal (2022, on line) na Barragem Santa Lúcia, por exemplo, a maior parte dos frequentadores é assaltada, indigna-se. Com ressalva dos parques mais populares, não há policiamento, nem defesa apropriada. Preto destacou a adoção de espaços por companhias ou pelos próprios habitantes. São medidas mitigadoras, mas é urgente cobrar do Poder Público, esperando-se alguma solução. Além de solicitações e propostas levadas à Prefeitura, nos últimos dois anos, ele sugeriu emendas ao Orçamento para a melhora e conservação de praças da capital, sem efeitos imediatos. Da mesma forma, o vereador Divino Pereira (PMN - Partido do Mobilização Social) confia que é necessário permanecer cobrando. Divino descreve que já expediu diversos ofícios ao Executivo, requerendo zelo a parques e praças. Ele afirma ficar aborrecido, pois, assevera que os secretários não dão muita atenção aos pedidos e sugestões. O vereador destaca ainda os comunicados nas reuniões plenárias como formato de atrair atenção sobre a demanda.

Para Bruno Miranda, além da atenção e preparação de projetos para divulgação a essas áreas, compete aos vereadores apresentar a discussão dentro da Câmara, promover audiências públicas, aclamar a população e o Executivo, para que se propicie essa benfeitoria para a municipalidade. Determinados projetos que tramitam na Casa procuram tornar os parques municipais, espaços mais apropriados ao lazer e à técnica de atividades físicas. Aprovado em 1º turno, o PL 1215/2010, de Bruno Miranda, permite a entrada de

bicicletas de pequeno porte em todos os parques da urbe. Para ele, a mobilidade, trata-se de uma configuração simples de estimular a prática do esporte pelas crianças e valorizar um meio de transporte acessível, não poluente e silencioso. A bicicleta trabalha a energia, além de coordenação motora e equilíbrio. Em benefício dos idosos, o vereador Gunda (PSL - Partido Social Liberal) recomenda a disposição, nesses lugares, de equipamentos que acomodem a este público. O PL 689/2009 aguarda julgamento em 1º turno.

Para estender o emprego das áreas de lazer pelos deficientes, está na pauta de votação, em 2º turno, o PL 482/2009, de Leonardo Mattos (PV - Partido Verde). Cadeirante, o parlamentar distingue bem os problemas encarados por essas pessoas. Seu projeto força, os parques e praças da cidade, a adaptarem sua composição para garantir acessibilidade, além da instalação de brinquedos ajustados para crianças deficientes, inclusive visuais. Na mesma definição, o PL 1354/2010, de Daniel Nepomuceno (PSB - Partido Socialista Brasileiro), pressagia a instalação de placas em braile em parques municipais e áreas de lazer, com avisos sobre o tipo de entretenimento ofertado na localidade, horários de funcionamento, extensões da área, acessos, instalações sanitárias, entre outras.

Tendendo a comodidade dos frequentadores e a higiene do local, tramita em 1º turno o Projeto de Lei 1278/2010, de Pablito (PTC - Partido Trabalhista Cristão), que indica a instalação de banheiros públicos permanentes nos parques públicos. Uma retificação da vereadora Neusinha Santos (PT - Partido dos Trabalhadores) adiciona a disponibilização de banheiros ajustados para o uso de deficientes. Esperando votação em 1º turno, dois projetos de lei almejam aprimorar a segurança dos usuários e a salvaguarda destes pontos culturais e ecológicos. O PL 874/2009, de Léo Burguês (PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira), prevê a instalação de câmeras de vídeos nos parques, como meio de desencorajar atos de depredação, vandalismo e violência e aumentar a percepção de segurança dos frequentadores. Já o PL 240/2009, de Hugo Thomé (PMN), propõe a especialização de parte dos quadros da Guarda Municipal para cumprir o posto de educação e fiscalização ambiental, em parques municipais e outras áreas verdes da Capital.

## **ZONA AMBIENTAL CENTRAL DE BELO HORIZONTE: estudo de caso**

A Zona Ambiental Central é uma das nove regiões administrativas (Quadro I) no município brasileiro de Belo Horizonte, no estado de Minas Gerais, e é regida por uma Secretaria de Administração Regional da PBH - Prefeitura de Belo Horizonte. A metodologia deste trabalho, por sua vez, consistiu em renomear as administrações dando-lhes novos contornos, mais culturais e ecológicos, conforme descrito no Quadro I. A atual região administrativa é coextensiva com o arraial de Nossa Senhora da Boa Viagem do Curral d'El Rey, distrito demolido para a construção da sede municipal da nova capital

denominada de Cidade de Minas, que posteriormente recuperaria a denominação Belo Horizonte. De acordo com o Arquivo Público da Cidade de Belo Horizonte (2008, p. 16)

Belo Horizonte possui uma área de 330,90km<sup>2</sup>. Administrar uma cidade tão grande é muito complicado. Para facilitar esse processo, a Prefeitura criou, em 1983, unidades administrativas que ficaram conhecidas como regionais. Suas áreas foram definidas em lei no ano de 1985. Duas regionais, porém, já existiam antes dessas leis: Barreiro e Venda Nova. Atualmente existem nove regionais na cidade: Barreiro, Centro-Sul, Leste, Nordeste, Noroeste, Norte, Oeste, Pampulha e Venda Nova. Existe uma proposta de chamar oficialmente as regionais de distritos, mas isso já é outra história... Como a regional é uma "unidade administrativa", os bairros que a compõem se localizam em uma mesma região. Assim, eles têm aspectos em comum: alguns foram ocupados em um mesmo período que outros. Eles têm certa identidade, mas não são iguais.

Quadro I - Reorganização das regiões em UPs - Unidades de Planejamento, zonas geográficas e setores culturais

<b>Distrito Político</b>	<b>Área Administrativa</b>	<b>Zona Ambiental</b>	<b>Região Cultural</b>	<b>Setor</b>	<b>Unidade e Planejamento</b>
Sede	Centro	Hipercentro	Afonso Pena	Zero	Cinza
Sede	Serra	Central	Senhora do Carmo	Um	Azul
Sede	Piteiras	Sul	Silva Lobo	Dois	Bege
Barreiro	Barreiro	Sudoeste	Tereza Cristina	Três	Amarelo
Sede	Pastinho	Oeste	Dom Pedro II	Quatro	Marrom



Pampulha	Pampulha	Noroeste	Carlos Luz	Cinco	Rosa
Venda Nova	Vilarinho	Norte	Dom Pedro I	Seis	Lilás
Venda Nova	Isidoro	Nordeste	Cristiano Machado	Sete	Creme
Pampulha	Onça	Leste	José Cândido da Silveira	Oito	Laranja
Sede	Navio	Sudeste	Silviano Brandão	Nove	Verde

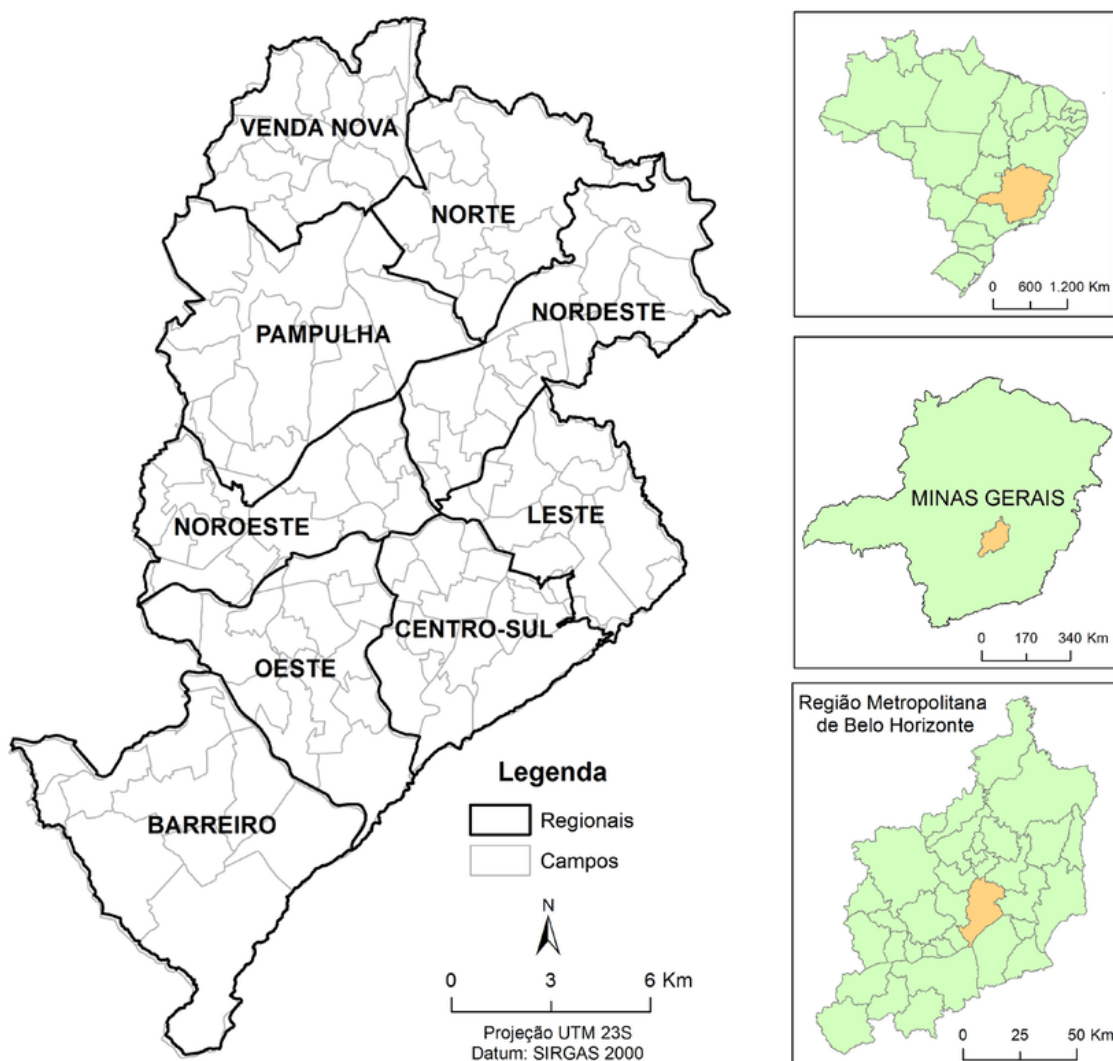
Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Nela (Figura 01) estão situados bairros tradicionais como Funcionários, Lourdes e Savassi, e grandes praças importantes semelhantes a Parques Urbanos, como a Liberdade, antiga sede do Governo do Estado de Minas Gerais e presentemente a referência do Circuito Cultural Praça da Liberdade, a Praça Carlos Chagas (da Assembleia), onde se acha a ALMG - Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, a Praça da Boa Viagem, Praça da Savassi, Praça Floriano Peixoto, Praça Milton Campos, Praça Raul Soares, Praça Rio Branco, Praça Rui Barbosa (da Estação) e a Praça Sete de Setembro. O Arquivo Público da Cidade de Belo Horizonte (2008, p. 07) registra que:

Há pouco mais de cem anos, Ouro Preto deixava de ser a capital de Minas Gerais. Nascia então uma nova cidade, inteiramente planejada e construída para ser a capital do estado. Era Belo Horizonte. No local onde a cidade foi edificada, existia um pequeno arraial, o Curral del Rei, que foi quase total mente demolido. O plano da nova capital, elaborado por uma equipe de engenheiros, arquitetos e outros técnicos, previa uma cidade dividida em três áreas: uma área central, denominada urbana; em torno desta, uma outra denominada suburbana; e uma terceira área, chamada rural. A nova capital foi inaugurada em 12 de dezembro de 1897, mesmo estando ainda em obras, e com seu plano apenas parcialmente implementado. Hoje,

muitos dos espaços planejados e edifícios construídos na época da origem da cidade ainda estão preservados. A Praça da Liberdade com suas secretarias e o palácio, o Parque Municipal e a Praça da Estação são alguns exemplos. Pelo plano da nova cidade, a Avenida Afonso Pena seria a via mais importante da cidade, como, de fato, se tornou.

Figura 01 - Mapeamento das Secretarias de Administração da PBH



Fonte: [https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-Campos-por-regionais-administrativas-de-Belo-Horizonte-Fonte-Elaboracao\\_fig1\\_333993058](https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-Campos-por-regionais-administrativas-de-Belo-Horizonte-Fonte-Elaboracao_fig1_333993058)

Culturalmente, é a região (Figura 02) mais rica e fortemente povoada da Região Metropolitana de Belo Horizonte. Seu IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) é bastante alto (0,914), ultrapassando vários países europeus. Apesar disso, esse indicador exibe uma realidade de extrema desigualdade socioeconômica na urbe. A principal dessemelhança é

verificada entre dois bairros da Zona Ambiental Central, Carmo e Sion, que apresentaram o melhor IDH (0,973) da região metropolitana, um saldo maior que o da Noruega (0,942), o país com o melhor IDH do mundo. Já na Vila Nossa Senhora do Rosário e no Morro do Papagaio (0,685), os índices de IDH são análogos ao índice da Bolívia, o país menos desenvolvido da América do Sul. Segundo a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (2022, on line)

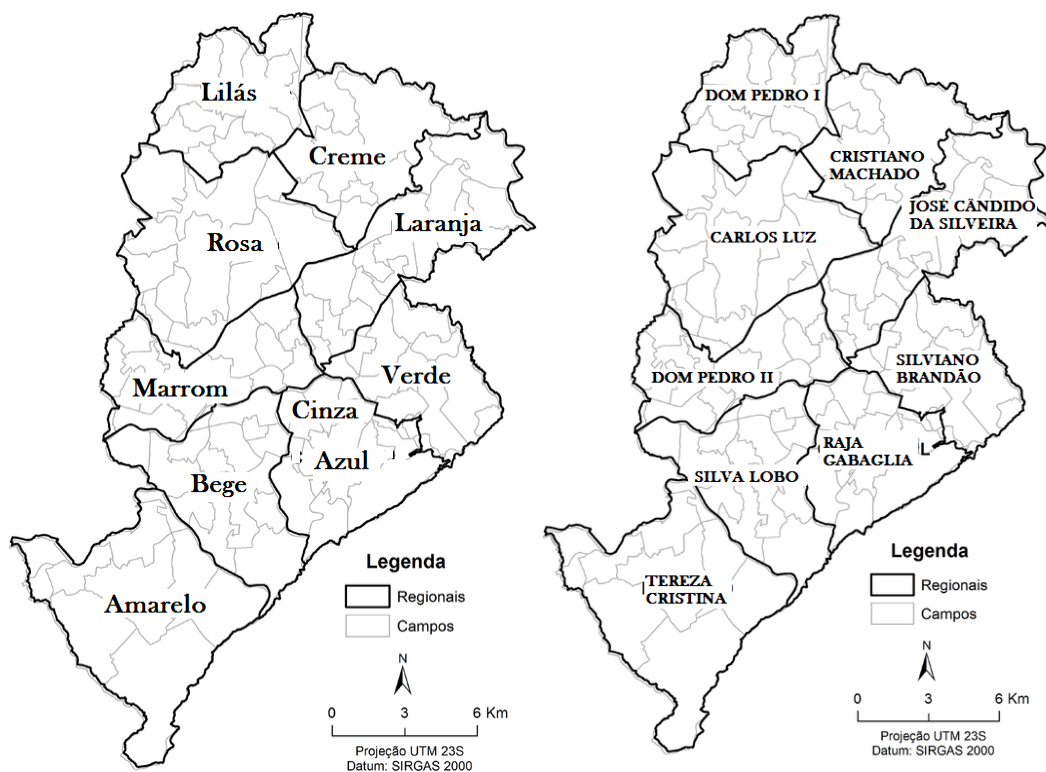
Situada no coração de Belo Horizonte, a região Centro-Sul reúne a maior parte do patrimônio histórico, arquitetônico e cultural de Belo Horizonte. Com população de 283.776 habitantes e 102.346 domicílios, tem 31,7 km de extensão territorial e uma densidade populacional de 8.943 habitantes/km<sup>2</sup>. Em seu projeto inicial, a zona urbana da capital apresentava-se como um tabuleiro de xadrez, com ruas paralelas e avenidas ortogonais que, geometricamente desenhadas, convergiam para as praças da cidade. Atualmente, a região Centro-Sul é caracterizada como um centro metropolitano com enorme diversidade de serviços institucionais, culturais e financeiros. São características dessa região: a verticalidade, a concentração de atividades econômicas e o alto padrão de ocupação.

A Zona Ambiental Central está situada na bacia do ribeirão Arrudas e seus principais afluentes: córrego Acaba Mundo, córrego do Leitão e o córrego da Serra. Tem uma variante altimétrica que vai de 1.151 metros na serra do Curral diminui para 650 metros em direção à região do Hipercentro. Posiciona-se na depressão de Belo Horizonte, constituída por rochas graníticas de embasamento cristalino, e mais a noroeste, por filitos e quartizitos do Quadrilátero Ferrífero. A Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (2022, on line) descreve que:

Com prédios e construções de diferentes estilos arquitetônicos, a região Centro-Sul reúne e concilia uma série de funções políticas, administrativas, sociais, culturais e econômicas. Além do centro tradicional, abriga também bairros residenciais e a Savassi, que se constituiu como um espaço alternativo consolidado, ocupado por variados pontos comerciais e culturais, com muitas lojas, bares, boates e restaurantes. A região Centro-Sul também é repleta de locais que são símbolos e se tornam referências para os cidadãos belo-horizontinos, tais como a Praça Sete de Setembro, a Matriz da Boa Viagem, o Mercado Central, o Minascentro, o Palácio das Artes, a Feira Tom Jobim, a Feira de Arte, Artesanato e Produtores de Variedades da Avenida Afonso Pena, entre outros. Destacam-se

ainda o Parque Municipal e o Parque das Mangabeiras, importantes espaços de lazer para a população.

Figura 02 - Mapeamento cultural da urbe como proposta de substituição das atuais regionais



Fonte: Elaborado pelos autores (2022)

A história da região da Zona Ambiental Central (Figura 03) embaralha-se com a invenção da nova Capital, que se deu através de um decreto de 1891 rubricado por Augusto de Lima. Com esse decreto, foi desapropriado o vilarejo conhecido por Curral del Rey para a construção da nova capital de Minas Gerais, a Cidade de Minas, inaugurada em 1897 e que, posteriormente viria a se chamar Belo Horizonte, com o advento da lei estadual nº 302, de 01/07/1901

Muda para “Belo Horizonte” a denominação da Capital do Estado de Minas Gerais.

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou, e eu, em seu nome, sanciono a seguinte lei:

Art. 1º - Fica denominada - Belo Horizonte - a Capital do Estado de Minas Gerais.

Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário.

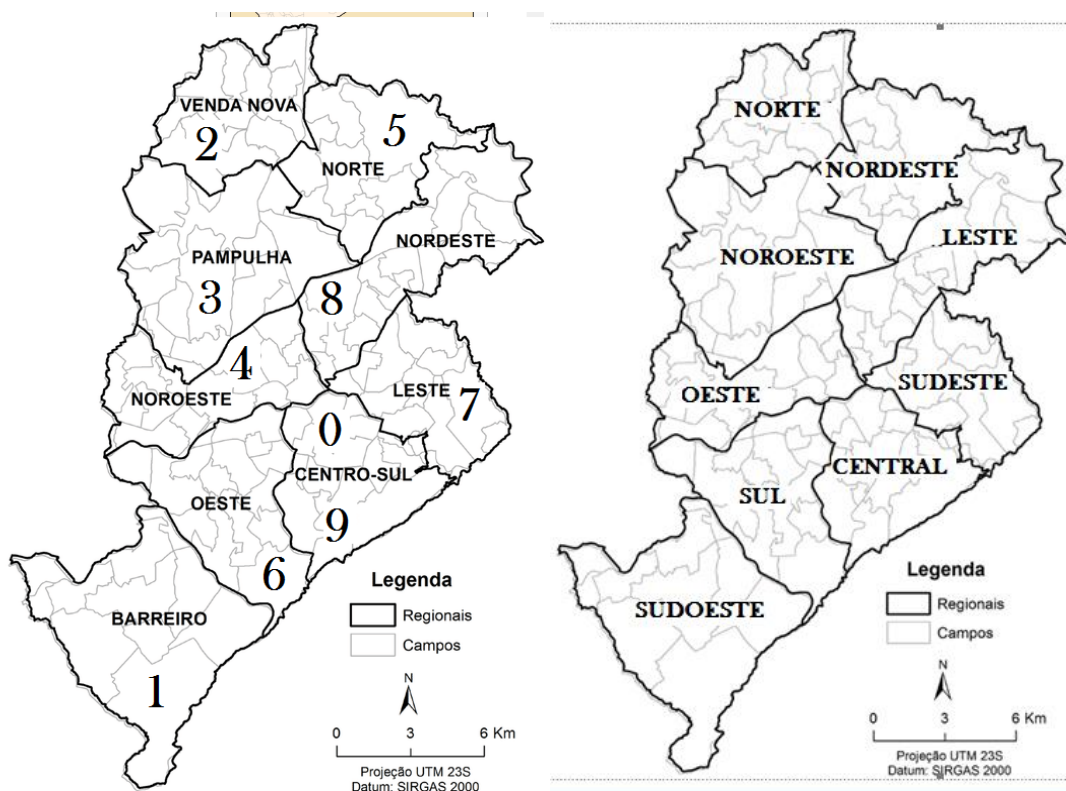
Mando, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencerem, que a cumpram e façam cumprir, tão inteiramente como nela se contém.

O Secretário de Estado dos Negócios do Interior a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio da Presidência do Estado de Minas Gerais, na Cidade de Minas, aos 01 de julho de 1901.

Francisco Silviano de Almeida Brandão - Presidente do Estado.

Figura 03 - Mapeamento ambiental da urbe como proposta de substituição das atuais regionais



Fonte: Elaborado pelos autores (2022)

A planta básica da nova capital, cogitada pelo então chefe da CCNV - Comissão de Construção da Nova Capital Aarão Leal de Carvalho Reis (1853-1936), estava concluída em 1895, ano em que foram leiloados os primeiros lotes para atividades comerciais. Aarão Reis inventou um traçado (Figura 05) em que as ruas se cruzam em diagonal, inovando ao escapar do padrão de ruas em xadrez de outras urbes como Paris e Washington. Ousado e majestoso, o plano esboçava avenidas e ruas mais largas do que as convencionais para a ocasião, já pressagiando a grande ampliação populacional da cidade. Entretanto, nem mesmo Aarão Reis pôde prever que a urbe, que já passava dos 42 mil habitantes em 1914, alcançasse uma população de quase 2,5 milhões de habitantes em 2007. O decreto 1088, de 29/12/1897 criou a Prefeitura da Cidade de Minas, conforme decreto estadual nº 1085, de 12/12/1897

#### CRIA A PREFEITURA DA CIDADE DE MINAS.

Declara instalada a cidade de Minas e para ela transferido o Governo.

O dr. Presidente do Estado de Minas Gerais, no uso das atribuições que lhe confere a Constituição do Estado e em cumprimento do art. 13 de suas disposições transitórias e da Lei nº 3 adicional à mesma Constituição, decreta:

Artigo único – É declarada instalada a cidade de Minas e para ela transferida a sede dos Poderes Públicos do Estado de Minas Gerais.

Os Secretários de Estado dos Negócios do Interior; da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e das Finanças assim o tenham entendido e façam executar.

Palácio da Presidência do Estado de Minas Gerais, na cidade de Minas, 12 de dezembro de 1897.

CHRISPIM JACQUES BIAS FORTES

Dr. Henrique Augusto de Oliveira Diniz.

Francisco Antonio de Salles.

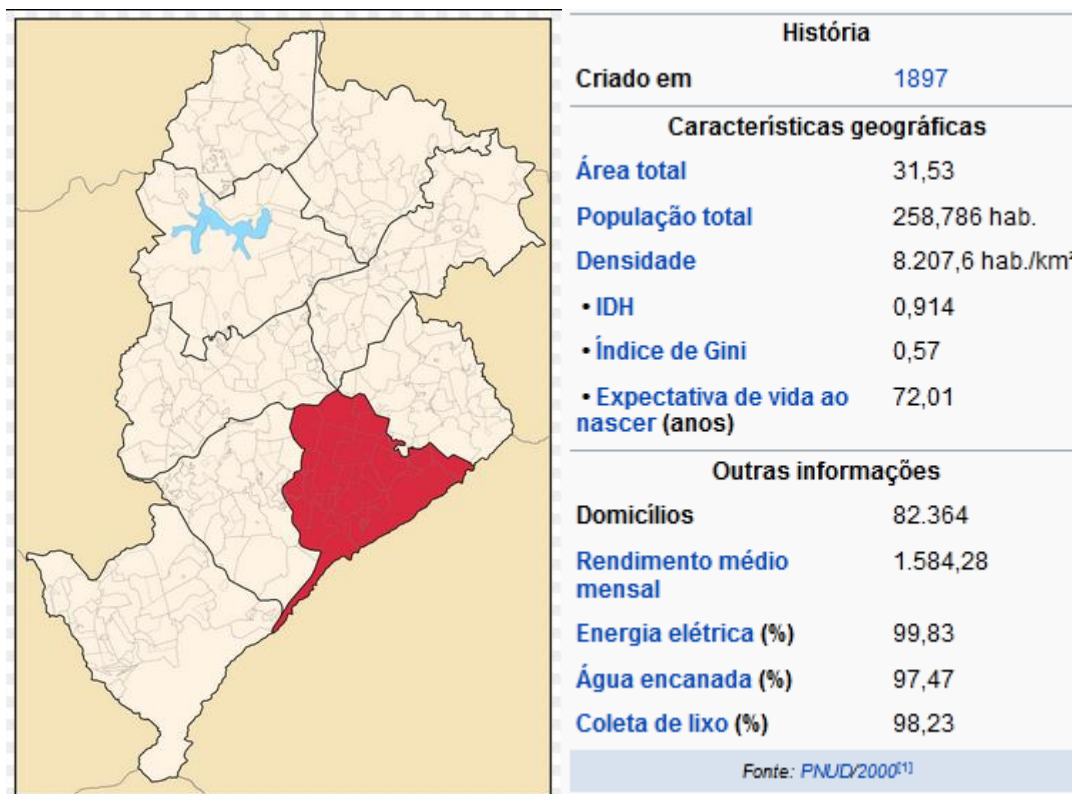
Figura 05 - Planta da CCNC - Companhia de Construção da Nova Capital



Fonte: <http://curraldelrei.blogspot.com/2010/04/construcao-da-nova-capital-e-o.html>

A região Central consecutivamente reuniu o comércio e os serviços da cidade (Figura 06). A partir da década de 1980, passou por transformações intensas; a região da Savassi mudou de área residencial para uma região comercial valorizada; existiu um marcante decréscimo populacional da área adentro da Avenida 17 de Dezembro (Avenida do Contorno) e uma ampliação populacional das áreas periféricas; e começou-se a verticalização das edificações devido à grande especulação imobiliária. Nesse processo, a região se consolidou como referência comercial, financeira e política da área metropolitana de Belo Horizonte e consolidou-se como região nobre, embora houvesse a presença de grandes conglomerados populacionais de baixa renda.

Figura 06 - Zona Ambiental Central: aspectos econômicos e sociais



Fonte:

<https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/2/29/CentroSul.svg/800px-CentroSul.svg.png>

A área possui 23 parques urbanos com destaque para o Parque Américo Renné Giannetti, Parque Municipal da Serra do Curral (Figura 07), Parque Municipal Julien Rien, Parque Municipal das Mangabeiras, Parque Municipal Juscelino Kubitschek (Parque do Acaba Mundo) e Parque Municipal Mata das Borboletas (Quadro II). Alguns parques, nem saíram do papel, como o da FAFICH - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, conforme descrição legal a seguir:

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica o Executivo autorizado a adquirir a título oneroso o imóvel situado no Bairro Santo Antônio, na Rua Carangola, nº 228 (ex-Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas - FAFICH).

Art. 2º O imóvel referido no artigo anterior é constituído pelo prédio principal, com 14.108,13m<sup>2</sup> (quatorze mil, cento e oito metros e treze centímetros quadrados) de área construída e ocupando 7.241,22m<sup>2</sup>



(sete mil, duzentos e quarenta e um metros e vinte e dois centímetros quadrados) de terreno, mais a área livre de 8.780,00m<sup>2</sup> (oito mil, setecentos e oitenta metros quadrados), com 114,30m<sup>2</sup> (cento e quatorze metros e trinta centímetros quadrados) de área construída, aproximadamente.

Art. 3º O imóvel a ser adquirido será utilizado com bem de uso especial, destinado à instalação de escolas públicas e atividades afins e à implantação de um parque ecológico.

Art. 4º Fica o Executivo autorizado a dar em permuta, como parte do pagamento, imóveis públicos previamente avaliados e aprovados pela Câmara Municipal.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 1993.

PATRUS ANANIAS DE SOUSA, Prefeito de Belo Horizonte

Quadro II - Relação de bosques, parques e praças da Zona Ambiental Central

Nome do parque urbano	Ano	m <sup>2</sup>	Localização
1. CEA Regional Centro-Sul	SD	SD	Cruzeiro
2. Parque Belvedere	SD	SD	Belvedere III
3. <u>Parque Américo Renné Giannetti</u>	1897	182.000	Centro
4. <u>Bosque Antônio dos Santos Cabral</u>	1917	SD	<u>Boa Viagem</u>

5. <u>Bosque Carlos Ribeiro Chagas</u>	1917	33.70 0	Santo Agostinho
6. <u>Bosque Floriano Vieira Peixoto</u>	1917	18.00 0	Santa Efigênia
7. <u>Praça da Liberdade</u>	1917	35.00 0	Savassi
8. <u>Praça Olegário Dias Maciel</u>	1917	15.00 0	Centro
9. <u>Praça Barão do Rio Branco</u>	1917	SD	Centro
10. <u>Praça Rui Barbosa de Oliveira</u>	1917	12.00 0	Centro
11. <u>Bosque Mirante das Mangabeiras</u>	1976	35.40 0	Mangabeiras
12. <u>Bosque Municipal Julien Rien</u>	1978	14.40 0	Anchieta
13. Parque de Recreação e Lazer Bairro Sion	1979	SD	Bairro Sion
14. <u>Bosque Juscelino Kubitscheck</u> (Parque do Acaba Mundo)	1990	28.00 0	Acaba Mundo
15. CEA Municipal (GEEDA/SMMA/PBH)	1990	SD	Centro
16. Parque da ex-FAFICH	1993	SD	Santo Antônio

17. Praça Rosinha Cadar	1994	6.900	Santo Agostinho
18. <u>Bosque</u> Mata das Borboletas	1995	35.500	Sion
19. Parque Jornalista Eduardo Couri	1996	86.000	Santa Lúcia
20. Praça Nascentes da Barragem Santa Lúcia	1997	4.000	Alto Santa Lúcia
21. <u>Bosque</u> Paulo Beirutti	1998	29.000	São Bento
22. Parque Museu das Mangabeiras	1999	SD	Serra do Curral
23. <u>Bosque</u> Amílcar Viana Martins	2000	18.000	Cruzeiro
24. Praça Vertedouro Barragem Santa Lúcia (Bosque dos Colibris)	2000	8.000	Santa Lúcia
25. Praça Tom Jobim	2001	6.400	Luxemburgo
26. Parque <u>Municipal</u> das Nações	2002	110.000	Santa Lúcia
27. Parque Forte Lauderdale	2003	170.000	Comiteco
28. <u>Bosque</u> Altamira Costa Nogueira	2008	18.000	Santo Antônio

29. <u>Bosque</u> Olinto Marinho Couto (Bosque São Bento)	2010	44.000	São Bento
30. Parque Paredão da Serra do Curral	2012	<u>400.000</u>	<u>Mangabeiras</u>

PP - Parque no Papel e SD - Sem dados

Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Figura 07 - Parque Paredão da Serra do Curral



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-da-serra-do-curral>

Possui um total de 41 bairros (Figura 08): Anchieta, Barro Preto, Belvedere, Boa Viagem, Carmo, Cidade Jardim, Conjunto Santa Maria, Coração de Jesus, Cruzeiro, Funcionários, Lourdes, Luxemburgo, Mangabeiras, Santa Lúcia, Santo Agostinho, Santo Antônio, São Bento, São Lucas, São Pedro, Savassi, Serra, Sion, Vila Bandeirantes, Vila

Barragem Santa Lúcia, Vila FUMEC e Vila Paris. O Bairro Boa Viagem é um dos mais recentes da história da urbe, conforme descrição legal a seguir:

LEI Nº 7410 DE 28 DE NOVEMBRO DE 1997

CRIA A REGIÃO DA NOSSA SENHORA DA BOA VIAGEM.

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei.

Art. 1º Passa a denominar - se Região da Nossa Senhora da Boa Viagem a área compreendida pela poligonal assim descrita.

Começa na Av. João Pinheiro, em frente à Praça da Liberdade, segue por esta avenida até a Rua Goiás, por esta até a Rua Guajajaras, por esta até a Av. Afonso Pena, por esta até a Rua Pernambucano, por esta até a Av. Brasil, por esta até a Rua Gonçalves Dias, por esta até retornar à João Pinheiro.

Parágrafo único - Incluem-se na Região as edificações situadas nos dois lados das ruas e avenidas que a delimitam.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 1997.

Célio de Castro, Prefeito de Belo Horizonte

Figura 08 - Lista de bairros por UP - Unidade de Planejamento

SCOMGER	SUB. REG.	UP	BAIRROS/ VILAS
Centro-Sul	SUB 1 SUB ESPECIAL	Barro Preto	Barro Preto
		Anchieta/Sion	Carmo, Cruzeiro, Anchieta e Sion
		Centro	Centro
		Francisco Sales	Santa Efigênia (Área Hospitalar), Floresta (Área Interna à avenida do Contorno)
		Savassi	Santo Agostinho, Lourdes, Funcionários e Savassi
		Prudente de Moraes	Cidade Jardim, Luxemburgo, Coração de Jesus e Vila Paris
		Santo Antônio	Santo Antônio e São Pedro
		Mangabeiras	Mangabeiras, Comiteco e Parque das Mangabeiras
		Serra	Serra e São Lucas
		Belvedere	Belvedere
	São Bento/ Santa Lúcia	São Bento e Santa Lúcia	
	SUB 2	Aglomerado Barragem	Vila Santa Lúcia, Vila Santa Rita de Cássia, Vila Estrela, Vila São José, Vila Mala e Cuia, Vila Bandeirantes e Conjunto Santa Maria
	SUB 3	Aglomerado Serra	Vila Marçola, Vila Nossa Senhora Conceição, Vila Nossa Sra. Aparecida, Vila Fátima (1º e 2º Seção), Vila Cafezal, Vila Novo São Lucas, Vila Acaba Mundo, Vila Furnec, Vila Santa Isabel e Vila Pindura Saia

Fonte: [http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA\\_METODOLOGIA.pdf](http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA_METODOLOGIA.pdf)

Inserido em julho de 1990 e estabelecido em 1995, na Avenida dos Bandeirantes, nº 240, Bairro Comiteco quando era chamado de Parque do Acaba Mundo, o Parque Municipal Juscelino Kubitschek (Figura 09), mais conhecido como Praça JK, toma uma área de quase 28 mil m<sup>2</sup>. Como alternativas de lazer, ele proporciona aparelhos de ginástica, áreas de convivência com bancos e mesas, brinquedos, equipamentos de alongamento para a terceira idade, espaço para a realização de atividades culturais e esportivas, pista de caminhada e uma quadra de futebol. Sua vegetação é predominantemente introduzida, apresentando espécies ornamentais e arbóreas. Ao passear pelo local é possível observar aves, como bem-te-vis, rolinhas e sabiás. A implantação do parque prevê a retirada de vias pavimentadas, aumentando seu tamanho. Com esta proposta, as praças Carioca e Rotary Club devem ser inseridas no perímetro do mesmo:

DECRETO Nº 6545, DE 5 DE JUNHO DE 1990.

CRIA O "PARQUE DO ACABA MUNDO<sup>217</sup>" E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

<sup>217</sup> DECRETO Nº 7400, DE 16 DE OUTUBRO DE 1992.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, decreta:

Art. 1º Fica criado o "Parque do Acaba Mundo", na área compreendida pela Praça Bandeirantes, Rua Professor Melo Cançado, Praça Carioca e Rua Engenheiro Caetano, no Bairro Sion.

Art. 2º A Secretaria Municipal de Meio Ambiente e a Administração Regional Centro-Sul providenciarão a elaboração e execução de projeto de proteção e recuperação da área referida no artigo 1º, para fins ecológicos e equipamentos de lazer.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 5 de junho de 1990

Eduardo Brandão de Azeredo, Prefeito de Belo Horizonte

Amilcar Vianna Martins Filho, Secretário Municipal de Governo

Maurício Andrés Ribeiro, Secretário Municipal de Meio Ambiente

### Figura 09 - Playground na Praça JK

---

DÁ O NOME DE JUSCELINO KUBITSCHK A UM PARQUE NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de suas atribuições legais, decreta:

Art. 1º Passa a denominar-se "Parque Municipal Juscelino Kubitschek", o parque compreendido entre a Av. Bandeirantes, Rua Engenheiro Caetano Lopes e Rua Professor Melo Cançado, no Bairro Sion, com área de aproximadamente 32.000m<sup>2</sup> (trinta e dois mil metros quadrados).

Art. 2º Este Decreto entra em vigor a partir da data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 16 de outubro de 1992

Eduardo Brandão de Azeredo, Prefeito de Belo Horizonte

João Pedro Gustin, Secretário Municipal de Governo



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-juscelino-kubitschek>

#### NOME OFICIAL/ LEGISLAÇÃO/BIOGRAFIA DO (A) HOMENAGEADO (A)

O nome oficial do Parque Público é Parque Urbano Juscelino Kubitschek, denominação dada pela Decreto municipal nº. 7.410 de 16/12/1992. O homenageado foi Juscelino Kubitschek, nascido em Diamantina/MG em 12/09/1902 e falecido em Resende/RJ, no dia 22/08/1976. JK foi o 23º prefeito de Belo Horizonte (1940-1945), deputado federal por Minas (1946-1951), 24º governador do estado de Minas Gerais (1951-1955), 21º Presidente da República Federal do Brasil (1956-1961) e senador por Goiás (1961-1964)

#### NOMES POPULARES

O Parque Urbano é popularmente conhecido como Acaba Mundo ou Praça JK.



#### LOCALIZAÇÃO (REGIONAL, BAIRRO, QUADRA, ENDEREÇO)

Localiza-se na Avenida dos Bandeirantes, altura da Praça do Rotary Club, Bairro Acaba Mundo, Zona Ambiental Central de Belo Horizonte

#### VISITAÇÃO (PORTARIAS, ONÍBUS, VIAS DE ACESSO)

Ônibus: Linha 2101 (Grajaú/Sion via Centro) e 2150 (Grajaú/Sion via Contorno)

Embarque: Grajaú

Desembarque: Sion

#### APARATO LEGAL DE CRIAÇÃO/IMPLANTAÇÃO

O Parque foi criado pelo Decreto 6.545 de 05/06/1990.

#### INAGURAÇÃO/FUNIONAMENTO

O parque inaugurado em 1992 e funciona de segunda a segunda, devido à falta de cerca, grade ou muro, dando a ideia de uma grande praças. A manutenção ocorre às segundas-feiras.

#### ADMINISTRAÇÃO

Administrado pela Fundação Municipal de Parques Zoobotânicos.

#### ÁREA PERIMETRAL TOTAL

28.000 metros quadrados (2,8 hectares)

#### ABRANGÊNCIA REGIONAL

Visa atender à população dos bairros Acaba Mundo, Comiteco, Mala e Cuia, Pindura Saia, Sion

#### ASPECTOS HISTÓRICOS

O parque corresponde à uma área pública, degradada que foi recuperada e transformada em equipamento coletivo.

#### TOPOGRAFIA/RECURSOS HÍDRICOS

Leito do Córrego Acaba Mundo e colinas íngremes da Serra do Curral

### LEVANTAMENTO DE FLORA

A inexistência de vegetação significativa, fez que se introduzem projetos de jardinagem e paisagismo. Destaque para algumas espécies nativas representativas de mata ciliar ao longo do Córrego Acaba Mundo, canalizado dentro do parque em leito aberto e a partir da Praça Rotary Club, ele segue em galeria subterrânea.

### LEVANTAMENTO DE FAUNA

Não há registro científico oficial de ocorrência de mamíferos, aves, reptéis, anfíbios, peixes e demais espécies de invertebrados. Espécies descritas oralmente pelos usuários: bem-te-vis, rolinhas e sabiás.

### PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO

A área do parque está atualmente implantada e em uso contínuo, conforme detalhamento do Quadro III.

QUADRO III - LEVANTAMENTO DE DADOS DA SITUAÇÃO, INFRAESTRUTURA E EQUIPAMENTOS

SITUAÇÃO	E	B	M	R	I
<b>ÁREA EXTERNA</b>					
Atividades na área externa	XX				
Equipamentos de apoio		XX			
Estacionamento			XX		
Lixeiras		XX			
Segurança	XX				
Sinalização de acesso	XX				

Transporte de acesso	XX				
Vias de acesso ao parque		XX			
<b>ÁREA INTERNA</b>					
Acesso para PNEs			XX		
Áreas de convivência e contemplação		XX			
Estacionamento interno					XX
Portaria					XX
Taxa de visitação					XX
Trilhas					XX
Vias de acesso internas para os visitantes			XX		
<b>INSTALAÇÕES E EQUIPAMENTOS</b>					
Almoxarifado					XX
Aparelhos para ginástica			XX		
Banheiros					XX
Centro de visitantes					XX

Guarita ou posto de guarda		XX			
Lanchonete					XX
Lixeiras		XX			
Loja de artesanato e souvenir					XX
Material educativo					XX
Play ground ou parquinho				XX	
Quadras poliesportivas				XX	
Sede administrativa					XX
Sinalização interna: Placas interpretativas; Placas educativas; Placas de orientação			XX		
Telefone de uso interno do parque					XX
Telefone público					XX
Vestiário					XX
<b>PESSOAL / FUNCIONÁRIOS</b>					
Faxineiros		XX			
Fiscal		XX			

Gestor/gerente do parque		XX			
Guias ou monitores de visita					XX
Jardineiros		XX			
Recreadores					XX
Segurança		XX			
Vigilância		XX			
Zelador		XX			
<b>RECURSOS PAISAGÍSTICOS: NATURAIS E ARTIFICIAIS</b>					
Cursos de água corrente					XX
Espécies exóticas da fauna e da flora				XX	
Espécies nativas da fauna e da flora				XX	
Lagos					XX
Nascentes					XX
<b>ATIVIDADES REALIZADAS</b>					
Atividades culturais		XX			

Atividades de educação e interpretação ambiental		XX			
Atividades em parceria com ONGs e outras entidades				XX	
Atividades recreativas		XX			
Cursos e oficinas					XX
Visitas guiadas ou monitoradas					XX

**SITUAÇÃO:** E → Excelente; B → Bom; M → Médio (Regular); R → Ruim; I → Inexistente;

Fonte: adaptado de Silva (2009)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ribeirão Arrudas drena o sudoeste, sul e sudeste da região urbana da área cultural e ecológica da Serra do Curral. Atrás da área de preservação permanente está a Mata do Jambreiro, com mais de 900 hectares de mata nativa que gradativamente estão se transformando em área de expansão urbana de condomínios localizados nessa região elitizada e segregada. Esse ribeirão vem padecendo nas últimas décadas, devido a agrotóxicos, construções, desmatamentos, erosão, queimadas, lixo, entre outros conflitos socioambientais. O um dos principais trechos do Ribeirão é o ponto em que ele se encontra com o Córrego Acaba Mundo dentro do Parque Américo Renné Giannetti. Este espaço ecológico tem uma amparo especial devido à presença e senso de pertencimento da sociedade que o utiliza, mas que é esmerada e atenta com o Parque. A população de Belo Horizonte aumentou muito nos últimos 125 anos (1897-2022), fazendo com que a municipalidade padecesse em inúmeros processos acelerados de deterioração.

As frações do Ribeirão Arrudas que estão fora do perímetro da Serra do Cuural pedem socorro. A Rede Ação Ambiental quer a recuperação socioambiental do Ribeirão e a preservação e proteção de espécies ameaçadas de extinção. A coletividade anseia dar a esses espaços, pelo menos a qualidade de vida, que o Ribeirão Arrudas tem no âmbito de suas nascentes. A ampliação dos Parques em especial, o Juscelino Kubitschek. Para os grupos locais cuidem dos demais trechos do Ribeirão Arrudas, fora da esfera do Parque do Acaba Mundo, em parceria com o poder público, é imprescindível congregar segurança jurídica ao Ribeirão Arrudas e seus afluentes. Um deles é o Córrego do Acaba Mundo.

Por meio da ampliação da poligonal do Parque Juscelino Kubitschek, a montante até as primeiras nascentes da Serra do Curral e, a jusante, até acercar-se na fronteira da Praça Rotary Club, criando corredores culturais e vínculos ecológicos, com a incorporação dos braços de nascentes cristalinas e límpidas da Vila Acaba Mundo, bem como a imensa área verde entre Sion, Lagoa Seca e Belvedere. O Art. 225 da Constituição Federal institui que juntos temos direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e eficaz à saudável qualidade de vida, incumbindo ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza antecipa que a aumento dos limites de uma unidade de conservação, sem deformação dos seus contornos originais, exceto pela ampliação proposta, pode ser feita por instrumento normativo do mesmo grau hierárquico do que instituiu a unidade, desde que antecedida de consulta pública e de estudos técnicos. Logo, tendendo exercer este princípio constitucional, a legislação ambiental estadual, federal e municipal em vigor, bem como, o fortalecimento dos valores da ética ambiental, solidariedade e justiça, e o desenvolvimento sustentável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Rubens do. **A prestação de serviços ecossistêmicos e a dinâmica de estoque de dióxido de carbono no sistema de espaços livres de Belo Horizonte: estudo de caso na Regional Centro Sul** (Dissertação de Mestrado). UFMG. Disponível em <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/MMMD-9XBJF4>> Acesso em 31. Mar. 2022

ARQUIVO PÚBLICO DA CIDADE DE BELO HORIZONTE. **Histórias de bairros [de] Belo Horizonte: Regional Centro-Sul** / coordenadores, Cintia Aparecida Chagas Arreguy, Raphael Rajão Ribeiro. – Belo Horizonte: ACAP-BH, 2008. 62 p Disponível em <[http://www.pbh.gov.br/historia\\_bairros/CentroSulCompleto.pdf](http://www.pbh.gov.br/historia_bairros/CentroSulCompleto.pdf)> Acesso em 31. Mar. 2022

BAIRROS DE BELO HORIZONTE. **Bairros da Regional Centro-sul de Belo Horizonte.** Disponível em <<https://bairrosdebelohorizonte.webnode.com.br/regi%C3%A3o%20centro-sul-/>> Acesso em 31. Mar. 2022

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Notícias: Vereadores querem ampliação e conservação de áreas verdes.** Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2020/11/vereadores-querem-amplia%C3%A7%C3%A3o-e-conserva%C3%A7%C3%A3o-de-%C3%A1reas-verdes-0>> Acesso em 31. Mar. 2022

MUSEU DO CERRADO. **Apoie a ampliação do Parque Ecológico dos Jequitibás para conservação do Ribeirão Sobradinho.** Disponível em <<https://museucerrado.com.br/apoie-a-ampliacao-do-parque-ecologico-dos-jequitibas-para-conservacao-do-ribeirao-sobradinho/>> Acesso em 31. Mar. 2022

SOARES, DIEGO. et. al. **Diagnóstico para a otimização do sistema de gestão dos resíduos sólidos na Regional Centro-Sul do Município de Belo Horizonte: uma análise das forças e fraquezas, oportunidades e ameaças.**in: GOT, n.º 10 – **Revista de Geografia e Ordenamento do Território (dezembro de 2016)**. Disponível em <[https://www.researchgate.net/profile/Valeria-Zago-2/publication/317471627\\_Diagnostico\\_para\\_a\\_otimizacao\\_do\\_sistema\\_de\\_gestao\\_dos\\_residuos\\_solidos\\_na\\_Regional\\_Centro-Sul\\_do\\_Municipio\\_de\\_Belo\\_Horizonte\\_uma\\_analise\\_das\\_forcas\\_e\\_fraquezas\\_oportunidades\\_e\\_ameacas/links/5cda943d458515712ea969f6/Diagnostico-para-a-otimizacao-do-sistema-de-gestao-dos-residuos-solidos-na-Regional-Centro-Sul-do-Municipio-de-Belo-Horizonte-uma-analise-das-forcas-e-fraquezas-oportunidades-e-ameacas.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Valeria-Zago-2/publication/317471627_Diagnostico_para_a_otimizacao_do_sistema_de_gestao_dos_residuos_solidos_na_Regional_Centro-Sul_do_Municipio_de_Belo_Horizonte_uma_analise_das_forcas_e_fraquezas_oportunidades_e_ameacas/links/5cda943d458515712ea969f6/Diagnostico-para-a-otimizacao-do-sistema-de-gestao-dos-residuos-solidos-na-Regional-Centro-Sul-do-Municipio-de-Belo-Horizonte-uma-analise-das-forcas-e-fraquezas-oportunidades-e-ameacas.pdf)>

JORNAL ESTADO DE MINAS. **ALERTA: Região Centro-Sul de BH está sob alerta máximo de risco geológico.** Disponível em <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/12/30/interna\\_gerais,1334569/regiao-centro-sul-de-bh-esta-sob-alerta-maximo-de-risco-geologico.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/12/30/interna_gerais,1334569/regiao-centro-sul-de-bh-esta-sob-alerta-maximo-de-risco-geologico.shtml)> Acesso em 31. Mar. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Orçamento Participativo de Belo Horizonte: 15 Anos.** Disponível em <[http://www.pbh.gov.br/comunicacao/pdfs/publicacoesop/revista\\_15anos\\_portugues.pdf](http://www.pbh.gov.br/comunicacao/pdfs/publicacoesop/revista_15anos_portugues.pdf)> Acesso em 31. Mar. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Orçamento Participativo de Belo Horizonte: Caderno de Metodologia 2009/2010.** Disponível em <[http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA\\_METODOLOGIA.pdf](http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA_METODOLOGIA.pdf)> Acesso em 31. Mar. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Fundação Municipal de Parques Zoobotânicos.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica>> Acesso em 31. Mar. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Secretaria de Administração Regional Centro-sul.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/centro-sul>> Acesso em 31. Mar. 2022



PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **RELAÇÃO DE BAIRROS, REGIONAL E TERRITÓRIOS DE GESTÃO COMPARTILHADA.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/estrutura-de-governo/cultura/2019/COMUC/Rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20bairro%2C%20regional%20e%20territ%C3%B3rios.pdf>> Acesso em 31. Mar. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Parque Urbano Juscelino Kubitschek.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/parques/parque-juscelino-kubitschek>> Acesso em 31. Mar. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Cartilha Orçamento Participativo: Unidades de Planejamento (1993-2008).** Disponível em <[http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA\\_METODOLOGIA.pdf](http://www.pbh.gov.br/comunicacao/CARTILHA_METODOLOGIA.pdf)> Acesso em 04. Mai. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Cartilha Orçamento Participativo: 15 anos (1993-2008).** Disponível em <[http://www.pbh.gov.br/comunicacao/pdfs/publicacoesop/revista\\_15anos\\_portugues.pdf](http://www.pbh.gov.br/comunicacao/pdfs/publicacoesop/revista_15anos_portugues.pdf)> Acesso em 04. Mai. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Livro Parques de Belo Horizonte.** SMMA/DPJ, julho de 1998.

SITE SUDOESTE. **Centro-sul de belo-horizonte: conheça os benefícios de investir nessa região.** Disponível em <<https://sudoeste.com.br/blog/centro-sul-de-belo-horizonte-conheca-os-beneficios-de-investir-nessa-regiao/>> Acesso em 31. Mar. 2022

## **O CASO BOSMAN E O DIREITO FUNDAMENTAL AO EXERCÍCIO DO TRABALHO LIVRE. ESTUDO DE CASO**

### **GUSTAVO JONASSON DE CONTI MEDEIROS:**

Advogado, Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Fundação Instituto de Ensino de Osasco (2003). Domiciliado na cidade de São Paulo.

**RESUMO:** A evolução do futebol em todo o mundo e a necessidade de adequação das relações de trabalho existentes entre os jogadores e seus respectivos clubes aos dias atuais, implicou em alterações legislativas e disputas judiciais. O tema encontra-se em plena atualização, uma vez que estas relações transcendem o âmbito trabalhista e necessitam de estudo mais aprofundado. Esse estudo tem como propósito auxiliar os aplicadores do direito na compreensão da dimensão do direito à liberdade nas relações de emprego.

Palavras-chave: Trabalho; Liberdade; Bosman; Emprego;

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 - O jogador de futebol como trabalhador. Um breve histórico. 2 – O Direito ao Trabalho e a Ausência de Liberdade do Jogador de Futebol. 3 - Jean-Marc Bosman. 3.1 – A motivação do processo. 3.2 - O processo judicial no Tribunal Europeu. 4 - Os reflexos da decisão judicial. Conclusão.

**CONTENTS:** Introduction. 1 - The soccer player as a worker. A brief history. 2 - The Right to Work and the Absence of Freedom of the Football Player. 3 - Jean-Marc Bosman. 3.1 – The motivation of the process. 3.2 - The judicial process at the European Court. 4 - The consequences of the court decision. Conclusion.

**ABSTRACT:** The evolution of football around the world and the need to adapt the existing working relationships between players and their respective clubs to the present day, resulted in legislative changes and legal disputes. The theme is currently being fully updated, as these relationships transcend the labor sphere and need further study. This study aims to help law enforcers understand the dimension of the right to freedom in employment relationships.

Keywords: Work. Freedom. Bosman. Employment.

## Introdução

O presente estudo tem o objetivo de reafirmar o caráter profissional dos atletas profissionais de futebol e a relação tipicamente de emprego que estes trabalhadores mantêm com os clubes. E neste aspecto, o propósito foi demonstrar que como empregados, os atletas têm assegurado o direito à liberdade de trabalho, que inclui o direito à livre escolha de seus empregadores.

Inicialmente, o artigo descreve, em uma breve síntese, como o praticante de futebol passou a ser considerado um trabalhador em sentido estrito. O estudo também aponta que, a despeito do reconhecimento da relação empregatícia entre jogador e clube, durante praticamente todo o século XX, os regulamentos de transferência estabelecidos pelas entidades que organizam o esporte feriam o direito à liberdade de trabalho.

Diante destas premissas, o artigo analisou a reclamação trabalhista ajuizada pelo ex-jogador de futebol Jean-Marc contra o clube de futebol RFC Liège, cujo processo chegou ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e as repercussões da decisão desta Corte nas relações profissionais desportivas.

### 1. O Jogador de Futebol como profissional. Um breve histórico.

É história recorrente no âmbito esportivo, o fato de clubes terem sua origem no agrupamento espontâneo de operários de fábricas, os quais praticavam futebol no período de lazer e autonomamente organizavam suas competições.

Como o próprio nome já sinaliza, o Arsenal Football Club<sup>218</sup>, por exemplo, é um clube fundado em 1886, a partir da união de trabalhadores da *Woolwich Arsenal Armament Factory*.

Tal qual o caso do Arsenal, há uma série de outros exemplos de clubes fundados pela iniciativa de trabalhadores mundo afora, tais como: o PSV Eindhoven<sup>219</sup> (*Philips Sport Vereniging Eindhoven*) na Holanda, surgido a partir da iniciativa de trabalhadores de Philips;

---

<sup>218</sup> Disponível em: <https://www.arsenal.com/history/laying-the-foundations>. Acesso em 19/06/2021.

<sup>219</sup> Disponível em: <https://www.psv.nl/english-psv/club/history-1/history.htm>. Acesso em 19/06/2021.

o Bayer Leverkusen<sup>220</sup>, na Alemanha, clube formado a pedido de empregados da empresa química alemã Bayer; o Emelec<sup>221</sup>, clube equatoriano, cujo nome é o acrônimo de *Empresa Eléctra del Ecuador* entre outros.

No Brasil não foi diferente. Também temos aqui exemplos como o Corinthians<sup>222</sup>, na capital paulista; a Ferroviária<sup>223</sup> de Araraquara; o Bangu<sup>224</sup> no Rio de Janeiro e outros tantos.

Inicialmente com o objetivo lúdico, as competições se intensificaram e não raro eram os casos de jogadores de futebol que passaram a receber das empresas para praticar o esporte, deixando de lado as atribuições como operários.

Curiosamente, porém, esta era uma prática repudiada. O entendimento dominante à época era no sentido de que o esporte não poderia ser remunerado, seria antiético receber para jogar.

Sobre o assunto, escreve José Eduardo Coutinho Filho<sup>225</sup> que:

“Com o passar do tempo, os operários que demonstravam certa habilidade com a bola, passavam amiúde a compor os times dentro das fábricas, alcançando tratamento diferenciado por parte do empregador e passando, inclusive a atuar somente como atleta, deixando a linha de produção. E foi daí que o operário deixou o chão da fábrica para pisar nos gramados espalhados na cidade”.

---

220 Disponível em: <https://www.bundesliga.com/en/news/Bundesliga/bayer-leverkusen-tourism-shop-tickets-stadium-jersey-watch-buy-510867.jsp>. Acesso em 19/06/2021

221 Disponível em: <https://emelec.com.ec/historia/>. Acesso em 19/06/2021.

222 Disponível em: <https://www.corinthians.com.br/clube/historia>. Acesso em 19/06/2021.

223 Disponível em: <https://ferroviarias.com/historia/>. Acesso em 19/06/2021

224 Disponível em: <https://www.bangu-ac.com.br/bangu/sua-historia/> Acesso em 19/06/2021.

225 COUTINHO FILHO, José Eduardo. A proteção dos direitos do atleta profissional de futebol: liberdade, vinculação e jornada de trabalho. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. P. 20.

O fato é que o futebol se agigantou, tornou-se fenômeno social e um instrumento de mobilização de massas. Aquela autonomia dos pioneiros do esporte e o caráter lúdico das competições foram dando espaço para a profissionalização pelos praticantes e o esporte passou a assumir verdadeira feição de atividade econômica.

Foi exatamente neste contexto que foi concebido no Brasil, o Decreto-Lei nº 3.199/41, que tratou de transferir ao Estado o controle da organização do esporte. Tratava-se da primeira legislação desportiva do país.

Nas décadas seguintes foram editadas diversas normas regrando a relação entre os atletas e os seus clubes. Avançou-se a tal ponto que em 1964, o Decreto-Lei nº 53.820, reconheceu o jogador de futebol como empregado e o clube como empregador. Atualmente vigora no Brasil a Lei nº 9.615/1998, denominada Lei Pelé, que regula as relações de trabalho entre atletas e clubes.

Sobre o tema e com a clareza que lhe é peculiar, João Leal Amado<sup>226</sup> assim leciona:

“A tese de que um desportista profissional pode ser um trabalhador por conta de outrem é hoje uma tese praticamente pacífica. Tão pacífica, disse-se-ia, como a própria existência do desporto profissional. Porém, assim como a afirmação do desporto profissional consistiu num processo longo e conturbado, recheado de contestação e reserva, também o *status* de trabalhador assalariado para praticante desportivo suscitou claras rejeições ou, pelo menos, algumas reticências. Na doutrina portuguesa, e para dar apenas um exemplo, Constantino Fernandes, na sua obra pioneira em matéria de direito desportivo, *O Direito e os desportos*, rejeitava a eventual existência de um contrato de trabalho vinculando um desportista e clube “porque nem o desporto é trabalho em sentido económico, nem a associação desportiva exerce uma atividade produtora de valores comerciais ou industriais.

---

<sup>226</sup> AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo *in* Direito do trabalho desportivo: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da Lei n. 12.395/2011 / organização e coordenação Alexandre Agra Belmonte, Luiz Philippe Vieira de Mello, Guilherme Caputo Bastos. São Paulo: LTr, 2013.

Nos nossos dias, porém, não há razões para a persistência sérias quanto a este ponto. E, diga-se em abono da verdade, poucos parecem tê-las. Com efeito, hoje é líquido que, como ensina a doutrina, qualquer atividade, desde que lícita e apta para a satisfação de um interesse do credor digno de tutela jurídica, pode constituir um contrato de trabalho. Não existe, na verdade, um *numerus clausus*, de atividades laborais. E também não existe qualquer antagonismo insuperável entre o jogo e o trabalho, entre desporto e profissão”.

Parece-nos que realmente já não há mais espaço para discussão sobre a possibilidade de formação de vínculo empregatício entre jogador de futebol profissional e o clube para qual o atleta se ative.

## **2. O Direito ao Trabalho e a Ausência de Liberdade do Jogador de Futebol.**

A despeito de já serem reconhecidos como trabalhadores, os jogadores de futebol, porém, sempre estariam ligados ao clube, independentemente do término da temporada ou da expiração do prazo do contrato de trabalho.

Isto significa que eles não poderiam ser transferidos para nenhum outro clube sem o consentimento do clube contratante e a aprovação das entidades de administração do esporte.

Um clube poderia, portanto, reter um jogador eternamente.

Mesmo após o término dos contratos, os jogadores não tinham poderes de negociação. Assim era no Brasil, como também eram assim os regulamentos de inscrição e transferência de jogadores mundo afora.

Na Inglaterra, por exemplo, vigorou por muito tempo o regime denominado *retain and transfer system*<sup>227</sup>, segundo o qual ao término de cada temporada ou contrato de trabalho, os jogadores eram inseridos pelos seus clubes em listas de retenção e de

---

<sup>227</sup> Disponível em <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100416487>. Acesso em 18/06/2021.

transferência. Este sistema permaneceu em vigor até 1963, quando a Corte Superior decidiu que a iniciativa se tratava de uma restrição ao livre comércio.

Coutinho Filho<sup>228</sup> leciona que:

“O clube empregador poderia optar por arcar com uma importância salarial mínima ao profissional e teria o direito de submeter-lhe à denominada “retain list”, que impedia na prática que o mesmo fosse contratado por qualquer outro clube. Em alternativa, havia a opção de inclusão do profissional na denominada “transfer list”, determinando um montante pecuniário (transfer fee) que deveria ser pago pelo clube interessado na contratação direta do atleta”.

O Ministro Alexandre Agra Belmonte<sup>229</sup>, ao conceituar o passe, discorre que:

“era um valor que um clube cobrava de outro para possibilitar a transferência de jogadores. A justificativa era o ressarcimento do valor do investimento na formação do atleta, sendo obrigatório mesmo após encerrado o contrato, sendo que o fim do contrato não dava ao jogador a liberdade de se transferir para outra agremiação. Dependia da concordância do clube ao qual estava vinculado e o valor do passe podia atingir grandes quantias dependendo do talento do jogador, interesse do contratante e até a intransigência do clube em ceder o atleta a outra agremiação”.

Com efeito, a obrigatoriedade de permanência de vinculação do jogador com o clube, mesmo após o término do contrato de trabalho, não encontrava lastro legal, pois se tratava de uma modalidade de servidão.

---

<sup>228</sup> COUTINHO FILHO, José Eduardo. A proteção dos direitos do atleta profissional de futebol: liberdade, vinculação e jornada de trabalho. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. P. 107.

<sup>229</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Organização do Desporto, da Justiça Desportiva e Principais Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Relação de Trabalho do Atleta Profissional nos Planos Individual e Coletivo *in* Direito do trabalho desportivo: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da Lei n. 12.395/2011 / organização e coordenação Alexandre Agra Belmonte, Luiz Philippe Vieira de Mello, Guilherme Caputo Bastos. São Paulo: LTr, 2013

O sistema praticado pelos clubes claramente contrariava os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos editada em 10 de dezembro de 1948, especialmente as disposições constantes do item 1, do artigo 23, que assim preceitua:

“Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Aliás, a condição de homem livre já era assegurada ao trabalhador muito antes. A Encíclica *Rerum Novarum*<sup>230</sup> escrita pelo Papa Leão XIII em 15 de maio de 1891, já dispunha expressamente no item 10 que:

“Entre estes deveres, eis os que dizem respeito ao pobre e ao operário: deve fornecer integral e fielmente todo o trabalho a que se comprometeu por contrato livre e conforme à equidade; não deve lesar o seu patrão, nem nos seus bens, nem na sua pessoa; as suas reivindicações devem ser isentas de violências e nunca revestirem a forma de sedições; deve fugir dos homens perversos que, nos seus discursos artificiosos, lhe sugerem esperanças exageradas e lhe fazem grandes promessas, as quais só se conduzem a estéreis pesares e à ruína das fortunas.

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de

---

230 Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh\\_enciclica\\_rerum\\_novarum.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_enciclica_rerum_novarum.pdf). Acesso em 19/06/2021.



família nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo”.

Os ideais de liberdade, incluindo a liberdade de trabalho também já haviam sido expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>231</sup>, assinada na França após as Revoluções Burguesas, que assim dispunha:

“I – Os homens nascem e ficam livres, iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas na utilidade comum.

(...)

XVIII - Todo homem pode empenhar seus serviços, seu tempo; mas não pode vender-se nem ser vendido. Sua pessoa não é propriedade alheia. A lei não reconhece domesticidade; só pode existir um penhor de cuidados e de reconhecimento entre o homem que trabalha e aquele que o emprega”.

No Brasil, a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891<sup>232</sup> já estipulava na seção II, destinada à Declaração de Direitos que:

“Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade e à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§24 É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”.

---

<sup>231</sup>Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em 19/06/2021.

<sup>232</sup>Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 19/06/2021.

Todas as demais cartas constitucionais que se seguiram sempre preservaram a liberdade do trabalho. O artigo 5º, XIII, da Constituição de 1988<sup>233</sup>, tem a seguinte redação:

"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Ao tratar do tema, Maurício Godinho Delgado<sup>234</sup>, leciona que:

"...a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre, é pressuposto histórico material do surgimento do trabalho subordinado (e via de consequência, da relação empregatícia)..."

Isto significa, portanto, que ao estipular relações de emprego, os empregadores impuseram o dever de os empregados exercerem o trabalho subordinado, isso contudo, não implica na sujeição pessoal do trabalhador ao empregador.

Infelizmente, porém, até pouco tempo atrás, este era um direito fundamental totalmente desprezado nas relações de emprego entre jogadores de futebol e clubes.

### **3. Jean-Marc Bosman.**

Jean-Marc Bosman<sup>235</sup>, nascido em 1964 na Bélgica, é um jogador de futebol profissional aposentado. Atuou profissionalmente entre os anos de 1983 a 1996<sup>236</sup> como meio-campista. Iniciou sua carreira no Standard de Liège, tendo passagens no RFC Liège, Olympique Saint-Quentin, Saint-Denis, Olympic Charleroi e Visè.

Teve razoável sucesso como jogador: foi capitão da seleção belga sub-21<sup>237</sup>.

---

233 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 19/06/2021.

234 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2003, p. 84

235 Disponível em: <https://peoplepill.com/people/jean-marc-bosman>. Acesso em 20/06/2021.

236 Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Marc\\_Bosman](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Marc_Bosman). Acesso em 20/06/2021.

237 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/esportes/martin-fernandez-belga-que-teve-mais-impacto-no-futebol-do-que-messi-cristiano-ronaldo-juntos-24793484>. Acesso em 20/06/2021.

O atleta, contudo, ganhou notoriedade mundial por ter sido a peça central de uma briga judicial envolvendo o clube que atuava, o RFC Liège, a Federação Belga de Futebol e a União das Federações Europeias de Futebol, UEFA. Segundo o site de notícias esportivas ESPN, Bosman é “o homem que, sem saber à época, protagonizou a maior revolução da história do futebol”<sup>238</sup>.

As notícias mais recentes<sup>239</sup> do ex-jogador não são nem de longe compatíveis com o seu feito no Tribunais Europeus. Em 2013 foi condenado por tentativa de agressão contra a namorada e sua filha. É alcoólatra e sobrevive<sup>240</sup> da renda advinda de benefício concedido pela Bélgica.

### **3.1 A motivação do processo.**

De acordo com o regulamento de 1983 da *Union royale belge des sociétés de football association*, - URBSFA, a federação belga de futebol, antes do término dos contratos de trabalho, os clubes deveriam propor um novo contrato aos jogadores.

Havendo recusa por parte do jogador de permanecer no clube, o atleta era incluído numa lista de transferência, que poderia ser concluída mediante o pagamento de uma indenização por eventual clube interessado ao clube cedente. O valor da indenização era apurado por múltiplos de salários do jogador.

Na hipótese de não concretização da transferência, o regulamento determinava que o clube deveria oferecer uma novo contrato do jogador nas mesmas condições da temporada anterior e, se mesmo assim, o atleta recusasse a oferta, o clube teria o direito de suspendê-los por até 2 temporadas, o que implicaria na inatividade.

Pois bem. Em 1990, logo após o término do seu contrato com o RFC Liège, Bosman recebeu uma proposta de renovação com o clube, que previa a redução salarial da ordem de 75% (setenta e cinco por cento), que foi recusada pelo jogador e implicou na sua

---

238 Disponível em: [https://www.espn.com.br/futebol/artigo/\\_/id/7908355/os-jogadores-ganham-milhoes-gracas-a-mim-mas-eu-vivo-na-miseria-ha-25-anos-jean-marc-bosman-transformou-o-futebol](https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_/id/7908355/os-jogadores-ganham-milhoes-gracas-a-mim-mas-eu-vivo-na-miseria-ha-25-anos-jean-marc-bosman-transformou-o-futebol). Acesso em 20/06/2021.

239 Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Marc\\_Bosman](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Marc_Bosman). Acesso em 20/06/2021

240 Disponível em: [http://www.espn.com.br/noticia/182064\\_ex-jogador-que-propiciou-a-lei-bosman-e-alcoolatra-e-vive-na-miseria-revela-jornal](http://www.espn.com.br/noticia/182064_ex-jogador-que-propiciou-a-lei-bosman-e-alcoolatra-e-vive-na-miseria-revela-jornal). Acesso em 20/06/2021.

imediate inclusão na chamada lista de transferências, com uma cláusula de indenização de 11.743 milhões de francos belgas, equivalentes, à época, a 4,8 milhões de euros.

Bosman então procurou o USLD<sup>241</sup> – *L'Union Sportive du Littoral de Dunkerque*, um tradicional clube francês, que atualmente joga na Liga 2BKT e à época disputava a segunda divisão francesa, que firmou um contrato de trabalho com o atleta.

Foi também celebrado um contrato entre o RFC e o clube de Dunkerque que previa a cessão temporária do atleta ao clube francês, popularmente conhecido como “empréstimo do jogador”, pelo período de 1 (um) ano. O contrato de cessão temporária estabelecia o pagamento de uma indenização, que deveria ser paga após a desvinculação do atleta da federação belga de futebol.

Ocorre que o RFC duvidava da capacidade financeira do clube de Dunkerque e decidiu não requerer a emissão do certificado perante a federação da Bélgica, o que implicou na impossibilidade de Bosman atuar no futebol francês.

Vale salientar que segundo o regulamento de transferências da UEFA vigente à época, na hipótese de discordância entre os clubes cessionário e cedente, a entidade de administração do futebol europeu formularia uma proposta que, se recusada pelos clubes, implicava na manutenção do atleta em seu clube antigo<sup>242</sup>.

O fato é que é o RFC Liège e o USLD Dunkerque não chegaram a um bom termo, a Federação Belga não emitiu o certificado e, portanto, a transação não ocorreu. Bosman, então, permaneceu vinculado ao clube, treinando com reservas<sup>243</sup> e recebendo salário 70% inferior àquele percebido na temporada anterior.

Insatisfeito, o jogador decidiu questionar judicialmente o sistema de transferências de jogadores no continente europeu.

---

241 Disponível em: <https://www.usldunkerque.com/accueil/le-club/histoire/>. Acesso em 20/06/2021.

242 SCHMIDT, Daniel. The Effects of the the Bosman-Case on the Professional Football Leagues with Special Regard to the Top-Five Leagues. Bachelor Thesis. University of Twente, Netherlands. 2007. P. 15)

243 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/esportes/martin-fernandez-belga-que-teve-mais-impacto-no-futebol-do-que-messi-cristiano-ronaldo-juntos-24793484>. Acesso em 20/06/2021.

Já existiam no continente europeu alguns posicionamentos contrários a vinculação infinita dos atletas com os clubes de futebol, o que pode ter encorajado o jogador.

Além da decisão da Corte Superior Britânica de 1963, outros países europeus já tinham alterado as legislações internas estipulando o término do vínculo associativo após a rescisão do contrato de trabalho, ou seja, o fim do chamado “passe” e criando, em contrapartida, o direito de os clubes receberem indenizações pela rescisão antecipada dos contratos de trabalho.

Na Espanha, por exemplo, já dispunha o art. 3º do Real Decreto 244 de 6 de março de 1981 que:

"Artículo Tercero – Duracion Del Contrato. Los Contratos suscritos por los deportistas profesionales y sus clubs o entidades deportivas serán siempre por tempo certo, pudiendo establecerse por pacto colectivo o individual el sistema de prorrogas que se estime conveniente”.

A mesma realidade era vista na Itália, eis que o artigo 4º, da Lei nº 91 de 23 de março de 1981<sup>245</sup>, que regia as atividades desportivas profissional, já dispunha:

"...Il contratto non puo' contenere clausole di non concorrenza o, comunque, limitative della liberta' professionale dello sportivo per il periodo successivo alla risoluzione del contratto stesso ne' puo' essere integrato, durante lo svolgimento del rapport, con tali pattiuzioni...”

A tradução livre do dispositivo legal italiano não deixa dúvidas que uma nova era se avizinhava, afinal, a lei expressamente estipulava que: *“O contrato não pode conter cláusulas de não concorrência ou, no entanto, limitando a liberdade profissional do desportiva para o período após a rescisão do próprio contrato estar integrado, no decorrente do relacionamento com tais acordos”.*

---

244 Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-5343>

245 Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1981-03-23;91!vig=>. Acesso em 20/06/2021.

### 3.2 O processo judicial no Tribunal Europeu

Depreende-se do acórdão<sup>246</sup> proferido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, que, em 8 de agosto de 1990, Bosman ajuizou a demanda na Justiça de 1ª instância de Liège em face do RCL. Paralelamente propôs ação cautelar contra o clube e a federação belga de futebol reclamando o pagamento de indenização até uma recolocação profissional e ainda buscando uma tutela cautelar inibitória, qual seja: que as entidades deixassem de criar percalços à transferência de clube.

Cerca de 3 meses após o ajuizamento, a medida cautelar foi deferida em 1ª instância e o clube e a federação foram proibidos de impor entraves à nova contratação do atleta, que àquela época já havia sido contratado pelo Saint-Quentin, também da França.

Posteriormente passaram a integrar o processo principal a federação belga de futebol e a UEFA. O clube de Dunkerque também foi chamado no processo por requerimento formulado pelo RCL. Ainda integraram ao processo o sindicato nacional de atletas de futebol da França e a associação de direito holandês.

Em sentença proferida em 11 de junho de 1992, o poder judiciário em Liège julgou procedentes os pedidos formulados por Bosman. A decisão foi confirmada pela Corte de Apelação que decidiu submeter ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia questões relativas a regras de interpretação dos artigos 48º, 85º e 86º do Tratado de Roma<sup>247</sup>, que expressamente garantem a livre movimentação de trabalhadores nos países que compõem o mercado comum europeu e vedam regras de livre concorrência.

Os dispositivos legais assim estabelecem<sup>248</sup>:

"Art. 48º

---

246 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0415&from=EN>. Acesso em 21/06/2021.

247 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>. Acesso em 20/06/2021.

248 Tradução livre feita pelo autor.

1. A liberdade de circulação dos trabalhadores deve ser assegurada na Comunidade.
2. A liberdade de circulação implica a abolição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade entre trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao empregado, à remuneração e a outras condições de trabalho e emprego.
3. Isso implica o direito, sob reserva das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública:
  - a. em aceitar ofertas de emprego efetivamente feitas;
  - b. circular livremente no território dos Estados-Membros para este objetivo;
  - c. permanecer num Estado-Membro para efeitos de emprego de acordo com as disposições que regem a contratação de nacionais desse Estado estabelecida por lei, regulamento ou ação administrativa;
  - d. permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma atividade laboral, serão objeto de regulamento de execução a ser estabelecido pela Comissão.
4. O disposto neste artigo não se aplica ao emprego na função pública.

#### Art. 85º

1. Todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum (...)249

---

249 Idem ao anterior.

Art. 86º

1. Qualquer abuso por uma ou mais empresas de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste é proibido como incompatível com o mercado comum, na medida em que possa afetar o comércio entre os Estados-Membros. Restringir ou falsear a concorrência no mercado comum (...)250

Veja que uma análise ainda que perfunctória das disposições supra, já indica uma provável contradição entre o sistema de transferência de jogadores até então vigente e as regras de circulação de trabalhadores, ainda mais tratando-se de um mercado comum.

A breve leitura dos artigos também sinaliza que a retenção dos atletas implica em abuso à livre concorrência entre os clubes e, portanto, trata-se de postura contrária aos interesses da Comunidade Econômica Europeia (CEE).

E foi exatamente esta a decisão proferida pelo Tribunal Europeu, no dia 15 de dezembro de 1995, conforme trecho do acórdão abaixo transcrito:

“as regras de transferências constituem entraves à livre circulação dos trabalhadores, proibidas, em princípio, pelo artigo 48º do Tratado. Só assim não seria se essas regras prosseguissem com um objetivo legítimo compatível com o Tratado e se justificassem por razões imperiosas de interesse geral. Mas, mesmo em tal caso, seria necessário que a aplicação das referidas regras fosse adequada para garantir a realização dos seus objetivos e não ultrapasse o necessário para os atingir”.

No tocante às cláusulas de nacionalidade, a Corte registrou o seguinte:

“O artigo 48º, nº2, dispõe expressamente que a livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

---

250 Idem ao anterior.



A esta disposição foi dada execução, entre outros, pelo artigo 4º, do Regulamento (CEE) nº 1612/68, do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77), nos termos do qual as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que limitem o emprego de estrangeiros em número ou em percentagem, por emprego, por ramo de atividade, por região ou à escala nacional não são aplicáveis aos nacionais de outros Estados-membros.

O mesmo princípio opõe-se a que as cláusulas contidas nos regulamentos das associações desportivas limitem o direito de os nacionais de outros Estados-Membros participarem, como jogadores profissionais, em encontros de futebol (...)

O Tribunal deixou, porém, de enfrentar as questões relativas à interpretação dos artigos 85º e 86º, do ambos do Tratado de Roma, por entender desnecessário, já que a questão já havia sido resolvida.

#### **4. Os Reflexos da decisão do Tribunal Europeu**

O impacto imediato da decisão foi a necessidade de adequação das regras de transferência de jogadores entre Estados-Membros da União Europeia, especialmente no tocante ao tema liberdade de circulação de trabalhadores.

Como ensina Jayme Eduardo Machado<sup>251</sup>, a decisão *“na prática, viria a extinguir o passe pelo menos nos moldes tradicionalmente adotados pelos clubes da Europa”*.

Além disso, o conceito de “nacional” previsto nos regulamentos não mais se adequava para a nova realidade e teve que ser “ressignificado”, uma vez que, para os efeitos dos contratos de trabalho, o “estrangeiro” deveria ser considerado somente aquele cidadão nascido fora dos limites da União Europeia.

---

<sup>251</sup> MACHADO, Jayme Eduardo. O novo contrato desportivo profissional. Sapucaia do Sul: Notadez Informação, 2000. P. 23

E os reflexos foram além, pois como bem destaca Coutinho Filho<sup>252</sup>, após a decisão do Tribunal Europeu, as federações de futebol dos países europeus diretamente impactadas, juntamente com a UEFA, passaram a exercer pressão junto a FIFA. Esta, por sua vez, passou também a pressionar as demais federações nacionais de futebol associadas, cujo número atual de 211 membros, aliás, supera<sup>253</sup> os 192 países filiados da Organização das Nações Unidas.

É importante registrar que antes mesmo da prolação da decisão da Corte Europeia, *“a UEFA comprometeu-se nomeadamente a fazer inserir em todos os contratos de jogador profissional uma cláusula autorizando este, no termo do contrato, a celebrar novo contrato com um clube à sua escolha e a jogar imediatamente pelo novo clube”*.<sup>254</sup>

Registre-se que, também antes da decisão, a FIFA já havia criado seu primeiro regulamento de transferências<sup>255</sup>, que previa a possibilidade de um jogador firmar um contrato de trabalho com um novo clube ao término de um vínculo de emprego.

O regulamento da FIFA, vale salientar, foi seguidamente modificado nos anos seguintes, para abranger questões que até então não haviam sido enfrentadas anteriormente, como temas relativos à crianças e adolescentes, sistemas de compensação e indenização de clubes formadores de atletas, agentes de negociação entre outros. A última versão<sup>256</sup> foi publicada em Fevereiro de 2021.

---

252 COUTINHO FILHO, José Eduardo. *A proteção dos direitos do atleta profissional de futebol: liberdade, vinculação e jornada de trabalho*. Rio de Janeiro: Multifoco: 2018. p. 116.

253 Disponível em: <https://blogdorafaelreis.blogosfera.uol.com.br/2019/09/10/por-que-a-fifa-tem-mais-paises-filiados-que-a-onu/>. Acesso em 22/06/2021.

254 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0415&from=EN>. Acesso em 22/06/2021.

255 Disponível em: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-rstp-2001.pdf?cloudid=maqzja40s2b90xdxik0k>. Acesso em 22/06/2021

256 Disponível em: <https://resources.fifa.com/image/upload/status-and-transfer-february-2021-february-2021.pdf?cloudid=qdjmxn91xciw41tojii> Acesso em 22/06/2021.

No Brasil, um dos reflexos mais evidentes foi a promulgação da Lei nº 9.615/98257, conhecida como Lei Pelé, que extinguiu a regra do “passe”, ou seja, estabeleceu o caráter acessório do vínculo esportivo, cuja extinção ocorre com a rescisão do contrato de trabalho.

A redação original do §2º, do artigo 28, do referido dispositivo legal assim dispunha:

“O vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo de empregatício, dissolvendo-se, para todos os fins, com o término do contrato de trabalho.

Esta legislação foi alterada e aperfeiçoada, merecendo destaque as modificações advindas da Lei nº 12.395/11258, que realçaram a liberdade profissional no contrato de trabalho desportivo.

Outros reflexos são vistos até hoje, como a intensa migração de jogadores brasileiros para o continente europeu, o que poderá ser objeto de um estudo futuro.

## **Conclusão**

Por mais de um século, os jogadores profissionais têm demonstrado que não são apenas praticantes de esporte, mas sim trabalhadores no esporte. E, neste sentido, nenhum regulamento ou qualquer espécie de norma privada poderá se opor ao direito fundamental de livre escolha de trabalho.

O caso Bosman, portanto, reafirmou o ideal de liberdade que norteou a edição do Tratado de Roma e a criação de uma comunidade entre 6 (seis) países, após o período sangrento e de destruição resultante de 2 (duas) guerras.

A exitosa iniciativa dos países fundadores atraiu novos Estados-Membros que hoje constituem a Comunidade Europeia, os quais comungam dos mesmos ideais de liberdade.

---

257 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm) Acesso em 22/06/2021.

258 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12395.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12395.htm#art2) Acesso em 22/06/2021.

É impossível não relacionar a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia com os avanços legislativos ocorridos no Brasil em matéria de liberdade de prática desportiva profissional.

A liberdade é um bem que deve ser defendido todos os dias.

### Referências Bibliográficas

AMADO, João Leal. *Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo in Direito do trabalho desportivo: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da Lei n. 12.395/2011* / organização e coordenação Alexandre Agra Belmonte, Luiz Philippe Vieira de Mello , Guilherme Caputo Bastos. São Paulo: LTr, 2013.

ASSOCIAÇÃO FERROVIÁRIA DE ESPORTES. *História*. Disponível em: <https://ferroviarias.com/historia/>. Acesso em 19/06/2021.

ARSENAL FOOTBALL CLUB, *Laying the Foundations*. Disponível em: <https://www.arsenal.com/history/laying-the-foundations>. Acesso em 19/06/2021.

BANGU ATLÉTICO CLUBE. *Suas histórias e suas glórias*. Disponível em: <https://www.bangu-ac.com.br/bangu/sua-historia/>. Acesso em 19/06/2021

BELMONTE, Alexandre Agra. *Organização do Desporto, da Justiça Desportiva e Principais Aspectos Jurídico-Trabalhistas da Relação de Trabalho do Atleta Profissional nos Planos Individual e Coletivo in Direito do trabalho desportivo: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da Lei n. 12.395/2011* / organização e coordenação Alexandre Agra Belmonte, Luiz Philippe Vieira de Mello , Guilherme Caputo Bastos. São Paulo: LTr, 2013

BLANCO. Jordi. *Os jogadores ganham milhões graças a mim, mas eu vivo na miséria. Há 25 anos, Jean-Marc Bosman transformou o futebol*. ESPN, Barcelona, 15/12/2020. Disponível em: [https://www.espn.com.br/futebol/artigo/\\_id/7908355/os-jogadores-ganham-milhoes-gracas-a-mim-mas-eu-vivo-na-miseria-ha-25-anos-jean-marc-bosman-transformou-o-futebol](https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/7908355/os-jogadores-ganham-milhoes-gracas-a-mim-mas-eu-vivo-na-miseria-ha-25-anos-jean-marc-bosman-transformou-o-futebol). Acesso em 20/06/2021

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 19/06/2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 19/06/2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm) Acesso em 22/06/2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.395, de 16 de março de 2011.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12395.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12395.htm#art2) Acesso em 2/06/2021.

BUNDESLIGA. *Bayer Leverkusen Fanzone: Getting to know the Bundesliga's nearly club.* Disponível em: <https://www.bundesliga.com/en/news/Bundesliga/bayer-leverkusen-tourism-shop-tickets-stadium-jersey-watch-buy-510867.jsp> Acesso em 19/06/2021

CARTA ENCÍCLICA "RERUM NOVARUM" DO PAPA LEÃO XIII SOBRE A CONDIÇÃO DOS OPERÁRIOS.

[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh\\_enciclica\\_rerum\\_novarum.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_enciclica_rerum_novarum.pdf)  
Acesso em 19/06/2021

CLUB SPORT EMELEC. *Emelec Un Club Iluminado Por El Triunfo.* Disponível em: <https://emelec.com.ec/historia/> Acesso em 19/06/2021

COUTINHO FILHO, José Eduardo. *A proteção dos direitos do atleta profissional de futebol: liberdade, vinculação e jornada de trabalho.* Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Admitidos pela Convenção Nacional em 1793 e afixada no lugar das suas reuniões. <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm> Acesso em 19/06/2021

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2003.

ESPAÑA. *Real Decreto, de 6 de marzo de 1981.* Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-5343> Acesso em 20/06/2021

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION. *Regulation for the Status and Transfer of Players.* Buenos Aires/Zurich. 5 de julho de 2001. Disponível em: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-rstp-2001.pdf?cloudid=maqzja40s2b90xdxik0k> Acesso em 22/06/2021

\_\_\_\_\_. *Regulations on the Status and Transfer of Player. February 2021 Edition.* Zurich, 31 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://resources.fifa.com/image/upload/status-and-transfer-february-2021-february-2021.pdf?cloudid=qdjmoxn91xciw41tojii> Acesso em 22/06/2021.

FERNANDEZ, Martín. *O belga que teve mais impacto no futebol do que Messi e Cristiano Ronaldo juntos. Lei Bosman, inspirada em caso de jogador, completa 25 anos esta semana.* O Globo, Rio de Janeiro, 12/12/2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/esportes/martin-fernandez-belga-que-teve-mais-impacto-no-futebol-do-que-messi-cristiano-ronaldo-juntos-24793484> Acesso em 20/06/2021

ITÁLIA. *Legge 23 marzo 1981, n. 91.* Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1981-03-23;91!vig>

JEAN-MARC BOSMAN. *Footballer. Quick Facts.* Disponível em: <https://peoplepill.com/people/jean-marc-bosman> Acesso em 20/06/2021.

\_\_\_\_\_. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Marc\\_Bosman](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Marc_Bosman) Acesso em 20/06/2021

MACHADO, Jayme Eduardo. *O novo contrato desportivo profissional.* Sapucaia do Sul: Notadez Informação, 2000.

OXFORD REFERENCE. *Overview. Retain and transfer system.* Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100416487> Acesso em 19/06/2021.

REIS, RAFAEL. *Porque a Fifa tem mais países filiados que a ONU?* Portal UOL. 10/09/2019. Disponível em: <https://blogdorafaelreis.blogosfera.uol.com.br/2019/09/10/por-que-a-fifa-tem-mais-paises-filiados-que-a-onu/> Acesso em 22/06/2021

SEM AUTOR. *Ex-jogador que propiciou a Lei Bosman é alcoolatra e vive na miséria, revela jornal.* ESPN.com.br com Agência EFE, 21/03/2011. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/182064-ex-jogador-que-propiciou-a-lei-bosman-e-alcoolatra-e-vive-na-miseria-revela-jornal>. Acesso em 20/06/2021

SCHMIDT, Daniel. *The Effects of the the Bosman-Case on the Professional Football Leagues with Special Regard to the Top-Five Leagues.* Bachelor Thesis. University of Twente, Netherlands. 2007.

SPORT CLUB CORINTHIANS PAULISTA. *Conheça a História do SCCP*. Disponível em: <https://www.corinthians.com.br/clube/historia> Acesso em 19/06/2021

THE EINDHOVEN FOOTBALL CLUB PSV. Disponível em: <https://www.psv.nl/english-psv/club/history-1/history.htm> Acesso em 19/06/2021

UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da Comunidade Européia. Acórdão de 15.12.1995. Processo C-415/93*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0415&from=EN> Acesso em 20/06/2021

\_\_\_\_\_. *Tratado de Roma de 1957*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT> Acesso em 20/06/2021.

USLDUNKERQUE. *Historie*. Disponível em: <https://www.usldunkerque.com/accueil/le-club/histoire/> Acesso em 20/06/2021

## CONSTITUCIONALISMO DO PROCESSO: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS ESTRUTURANTES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

**CARMEN FERREIRA SARAIVA:**

Especialização em Direito pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP. Graduação em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Funcionária Pública Federal.

**INGRID SARAIVA DE ALENCAR**<sup>259</sup>

(coautora)

**Resumo:** A natureza jurídica principiológica reside na CRFB e decorre da formação do Estado Democrático de Direito como supremacia da limitação do poder estatal. Os direitos fundamentais são valores sociais prevalentes que não podem ser abolidos por deliberação legislativa. O direito constitucional do processo consagra as diretrizes a serem adotadas pelo Estado-juiz de interpretar e de declarar o direito dos litigantes, destinatários da prestação jurisdicional de solução da lide sistematizada na principiologia, em conformidade com a jurisprudência do STF. Com base na primazia da dignidade da pessoa humana, incluem-se nesse contexto os primados, entre outros, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, todos orientadores do processo, administrativo ou judicial, formadores de um todo coerente.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional do Processo. Princípios Fundamentais. Prestação Jurisdicional.

**Abstract:** The principled legal nature lies in the constitution and stems from the formation of the Democratic Rule of Law as the supremacy of state power limitation. Fundamental rights are prevalent social values that cannot be abolished by legislative decision. The constitutional procedural law enshrines the guidelines to be adopted by the Judge State to interpret and declare the rights of the litigants, recipients of the jurisdictional provision for the solution of the systematic approach in principle, in accordance with the case-law of the Supreme Court. Based on the primacy of the dignity of the human person, the primacies,

---

<sup>259</sup> Especialização em Português pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá e em Direito Administrativo pela Faculdade Signorelli. Graduação em Ciência da Computação pela PUC/Minas. Funcionária Pública Estadual.



among others, of due process, contradictory, broad defense and isonomy are included, all guiding the process, be it administrative or judicial, and forming a coherent whole.

Keywords: Constitutional Procedural Law. Fundamental Principles. Jurisdictional Provision.

**Sumário:** Introdução. 1. Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais. 2. Teoria Constitucional do Processo. 3. Princípios Regentes da Constitucionalização Processual e a Jurisprudência do STF. 3.1 Dignidade da Pessoa Humana. 3.2 Devido Processo Legal. 3.3 Contraditório. 3.4 Ampla Defesa. 3.5 Isonomia Processual. 3.6 Indispensabilidade do Advogado. 3.7 Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. 3.8 Boa-Fé ou Lealdade Processual. 3.9 Cooperação. 3.10 Primazia do Mérito. 3.11 Publicidade. 3.12 Obrigatoriedade de Fundamentação das Decisões Judiciais. 3.13 Inadmissibilidade de Provas Obtidas por Meios Ilícitos. 3.14 Duplo Grau de Jurisdição. 3.15 Proibição de *Reformatio In Pejus*. 3.16 *Tantum Devolutum Quantum Apellatum*. 3.17 Juiz Natural. 3.18 Segurança Jurídica. 3.19 Celeridade Processual. 3.20 Economia Processual. 3.21 Efetividade Processual. 3.22 Informalidade. 3.23 Oralidade. 3.24 Simplicidade. 3.25 Disponibilidade. 3.26 Taxatividade. 3.27 Dialética. 3.28 Unirrecorribilidade. 3.29 Imparcialidade do Juízo. 3.30 Inquisitivo. 3.31 Duração Razoável do Processo. 3.32 Instrumentalidade das Formas. 3.33 Inércia. 3.34 Impulso Oficial. 4. Considerações Finais. Referências.

## Introdução

A natureza jurídica principiológica reside na CRFB e decorre da formação do Estado Democrático de Direito como supremacia da limitação do poder estatal. Os direitos fundamentais são valores sociais prevalentes que não podem ser abolidos por deliberação legislativa.

O tema-problema proposto é a identificação dos princípios determinantes do modelo constitucional do processo segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

No desenvolvimento da investigação, utiliza-se a pesquisa bibliográfica em conjunto com o método dedutivo e comparativo a partir da análise da legislação pertinente, da doutrina e da jurisprudência.

Aplica-se como referencial teórico o modelo constitucional do processo divulgado por Sérgio Henrique Zandoná Freitas em que se defende que procedimento normativo que regula a função do Estado-juiz ofereça aos litigantes a prestação jurisdicional estruturada a partir dos preceitos de garantia que balizem o poder político.

Tem-se como objetivo examinar a natureza jurídica principiológica constitucional e sua importância no direito contemporâneo. Busca-se demonstrar o conteúdo do modelo constitucional do processo. Por fim, analisam-se os preceitos fundamentais importantes à prestação jurisdicional desenvolvida no contexto dialético e democrático.

## **1. Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais**

O Estado é uma organização política do poder e a fonte da ordem e da coerência da sociedade, compondo a substância e a essência da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988). Como instituição, decorre da conjugação do componente humano coeso e com identidade com o território com base geográfica, o exercício da soberania e o poder político, tendo como base a imposição da vontade social. De outra forma, pode ser considerado como o conjunto de indivíduos que habitam determinado espaço geográfico delimitado e se encontram sob um poder juridicamente organizado. A sua existência justifica-se como um fenômeno filosófico necessário à convivência humana e à legitimidade do poder, decorrendo do elemento humano capaz de organizar-se política e juridicamente, e tendo por escopo a implementação do bem-estar de toda a coletividade. Em relação a sua natureza, pode ser explicado pelos enfoques: sociológico, como um fenômeno idealizado por grupos sociais; deontológico, pela noção de finalidade da coisa pública para realização do bem comum; jurídico, constituindo um sistema de direito e sendo a personificação da ordem jurídica; e político, que se exprime pela sua soberania, cooperação planejada mediante políticas públicas e personificação de uma nação juridicamente organizada (Carvalho, K. G., 2015a, p. 75-135).

A teoria do direito democrático principia estabelecendo os pilares da limitação do poder e a vinculação à lei própria do Estado de Direito. Devido à necessidade de uma intervenção estatal, o aspecto social toma relevância. Com um impulso reformador, o constitucionalismo evolui para o patamar em que se estimulam parcerias entre Estado e sociedade, valorizando-se a democracia de inclusão e a interação cooperativa de promoção de uma transformação democrática. Ampliam-se as oportunidades de participação do povo em processos deliberativos institucionalizados com preponderância circunstancial favorável a uma ampla discussão de todos os interessados (COSTA, F. V., 2020, p. 21).

A constitucionalização do direito significa a inclusão de normas especiais sobre matérias diversas como elemento integrador e a interpretação do direito infraconstitucional com base nos valores consagrados na CRFB (BRASIL, 1988). Versa sobre o binômio: complexidade do diálogo normativo e flexibilidade dos respectivos conteúdos na metodologia de adaptação. O modelo constitucional democrático se caracteriza pela ênfase nos direitos fundamentais, o pragmatismo da utilidade hermenêutica orientada ao

caso concreto, o ecletismo metodológico pela intercombinação das orientações analíticas das técnicas exegéticas, o principialismo como argumento de correção, o estatalismo garantista que destaca a função de alicerçador das instituições, o judicialismo ético-jurídico a partir de exercício do juízo de adequação pelos operadores, o interpretativismo moral-constitucional no aspecto construtivista dos valores republicanos, o pós-positivismo pela adoção do direito axiológico-normativo e o juízo de ponderação na solução de *leading case* a partir da densidade material normativa. A CRFB pode ser entendida como um organismo vivo cuja finalidade é estabelecer os limites, a organização estrutural do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder a partir do conjunto normativo exteriorizado que institui direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos (CARVALHO, K. G., 2015a, p. 25-29, 265-285).

O Estado Democrático de Direito pauta-se pelo princípio participativo e reconhece uma ordenação estatal mantenedora dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, incorporando o constitucionalismo na perspectiva social, fraternal e solidária (MORAES, 2019, p. 5-6).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5394/DF (BRASIL, 2019), estabeleceu-se que:

1. O grande desafio da Democracia representativa é fortalecer os mecanismos de controle em relação aos diversos grupos de pressão, não autorizando o fortalecimento dos “atores invisíveis de poder”, que tenham condições econômicas de desequilibrar o resultado das eleições e da gestão governamental.
2. Os princípios democrático e republicano repelem a manutenção de expedientes ocultos no que concerne ao funcionamento da máquina estatal em suas mais diversas facetas. É essencial ao fortalecimento da Democracia que o seu financiamento seja feito em bases essencialmente republicanas e absolutamente transparentes.

O ordenamento jurídico pátrio, como sistema de regras procedimentais de administração de conflitos com civilidade, perpassa pelo direito repressivo mediante adaptação das instituições estatais ao ambiente social. Avança para o direito autônomo, que reflete a preservação do poder formal institucionalizado. E, em caso de tensão, resolve-se pelo direito responsivo, em que as instituições conservam a habilidade de perceber os valores essenciais de integridade aliada aos novos impulsos que revitalizam constantemente o ambiente social pela condução responsável dos assuntos do Estado (NONET; SELZNICK, 2010, p. 125-126).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024/DF (BRASIL, 2007), esclareceu-se que:

A “forma federativa de Estado” — elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República — não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

A CRFB (BRASIL, 1988) decorre do poder constituinte originário de inaugurar uma ordem jurídica inédita, autônoma e incondicionada, ressalvados os direitos fundamentais imanentes à cosmovisão do povo, a configuração do Estado soberano e as regras fundamentais, nacionais e internacionais, como cláusulas pétreas limitadoras da atuação estatal. A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional no seu sentido irradiante favorecem a eficácia das normas programáticas alcançadas pelas garantias as quais conferem concretude aos princípios fundamentais através da aproximação da legalidade pela hermenêutica jurídica (DEZEN JUNIOR, 2015, p. 1584-2578).

Em última análise, da supremacia constitucional se origina o primado que é fundamento de validade do arcabouço normativo superveniente e da jurisprudência (CARVALHO, K. G., 2015a, p. 294-297; COSTA, R. H., 2019, p. 1325).

Na Reclamação nº 4335/AC (BRASIL, 2014), destacou-se que:

4. Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em

relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização.

A CRFB, conhecida como cidadã, sobressai como a técnica jurídica que modela o poder estatal concernente à organização, à estrutura, à fixação de competências, aos limites de atuação e às normas programáticas. Os princípios fundamentais positivados expressam a acepção axiológica da sociedade. Fundam-se nos preceitos republicanos da certeza e da equanimidade formal entre as pessoas. Os direitos humanos propagam-se em meio às normas-regras de preceitos valorativos, expandindo-se de modo a atender aos novos anseios derivados da incessante construção evolutiva da sociedade.

Princípios são inspirados nas normas com alto nível de generalização e abstracionismo. Significam o ponto de partida ou a razão que justifica a existência, organização e funcionamento de um sistema jurídico. Como mandamentos de otimização, são normas que contêm permissões ou proibições, cujas satisfações dependem das possibilidades normativas. Caracterizam-se por consubstanciar valores, ser interferentes por contraposição ou complementação, e ainda autoaplicáveis, autoconceituáveis e onivalentes. Classificam-se em individuais, sociais, econômicos, do consumidor, coletivos e difusos, de nacionalidade, políticos, bem como implícitos (CARVALHO, K. G., 2017b, p. 37-46; ALEXY, 2008, p. 90).

Nesse sentido, Roque Antônio Carrazza destaca que o

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam (CARRAZZA, 2021b, p. 42).

As regras ampliam o grau de concretização e decorrem de proposições organizacionais de preceitos disciplinadores primários, que prescrevem condutas secundárias e impõem sanção em decorrência da inobservância das proposições. São normas determinantes do que é fático e juridicamente possível, as quais se mantêm no patamar de elevados graus de especialidade e concretude (GARCIA, 2015, p. 105-115; ALEXY, 2008, p. 91).

As limitações constitucionais ao poder estatal abrangem um rol de princípios e regras previstos essencialmente em normas constitucionais e infraconstitucionais destinadas a circunscrever o exercício desse poder. O poder delegado pelo povo aos seus

representantes não é absoluto, pois se encontra nos limites adequados aos direitos fundamentais individuais e coletivos expressos e implícitos nas normas constitucionais (art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais previstos na CRFB, último patamar de juridicidade e diretriz de conteúdo de ato infraconstitucional, formam um rol de dispositivos prevalentes de valores protegidos, tratando-se da expressão da defesa de uma valia como algo com estimação subjetiva soberana da sociedade.

Esses preceitos têm utilidade e necessidade direcionadas à sociedade precipuamente com as seguintes características: inerentes à pessoa humana; inseridos no contexto social e histórico; universais independente de raça, credo, sexo, entre outros fatores; não podem ser renunciados e alienados; são imprescritíveis, pois não têm cunho patrimonial; inexistem direitos absolutos; são indivisíveis, podendo ser exercidos em conjunto desde que respeitados; são interdependentes, pois a realização simultânea não alcança a validade plena entre si; em caso de conflito, cabe ao intérprete decidir no caso concreto, conjugando sua relativização como vetor da máxima observância com mínima restrição; não há hierarquia entre eles; e há vedação ao retrocesso (CARVALHO, K. G., 2015a, p. 355-371; LENZA, 2021, p. 1835-1837).

No Mandado de Segurança nº 22164/SP (BRASIL, 1995), firmou-se que:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essência<sup>1</sup> inexauribilidade, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (CELSO LAFER, "Desafios: ética e política", p. 239, 1995, Siciliano).

**A imutabilidade dos princípios constitucionais pauta-se pelo pressuposto de que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais",** alçando-os a cláusulas pétreas que refletem limitações ao poder estatal que direciona a atividade legislativa (art. 60 da CRFB) (BRASIL, 1988). Esses

princípios consubstanciam mecanismos de fomento da previsibilidade, da segurança jurídica e verdadeiras demarcações materiais ao poder constituinte derivado de alteração, não podendo assim haver supressões.

O estado de isolamento normativo é inadmissível, já que a disposição fundamental propaga-se de forma lógica pelo ordenamento jurídico pátrio que lhe atribui a vitalidade e lhe confere a relação de pertinência. A atividade cognoscitiva de interpretação deve ser efetivada de acordo com o conjunto da estrutura legal como um todo com o escopo de acomodar a permeabilidade de diretivas supremas às realidades social, econômica e política (CARRAZZA, 2021, p. 33-57).

As normas constitucionais principiológicas podem ser: de eficácia plena ou absoluta desde a entrada em vigor, tratando dos interesses, comportamentos e situações que o próprio legislador constituinte regulamentou; de eficácia contida, que depende de lei que estabeleça as restrições; de eficácia limitada, que necessita de lei ampliando sua abrangência, porém desde logo produzindo efeitos mínimos. Implícitos são os preceitos compatíveis com o regime estatal democrático, havendo aqueles originários de tratados internacionais (CARVALHO, K. G., 2015a, p. 333-347; LENZA, 2021, p. 393-416).

A CRFB abrange um significativo elenco de direitos previstos “em regras específicas de maior densidade jurídica”. A utilização da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF aproxima-se de um “reforço argumentativo de algum outro fundamento” como valor referencial, especialmente nas hipóteses de “colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais” e de “desacordo moral razoável”. A adoção permite a “explicitação de cada um dos conteúdos da dignidade envolvidos na hipótese, bem como a justificação das escolhas feitas em cada etapa [que] coíbe o voluntarismo e permitem um maior controle do raciocínio lógico”, inclusive no que se refere ao método constitucional do processo (BARROSO, 2010, p. 30-33).

Na “visão democrático-constitucionalizada” do conceito de procedimento, deriva-se o elemento essencial arraigado ao contraditório pela oportunidade de participação simétrica dos interessados na solução jurisdicional. A teoria constitucional do processo, orientada pelos direitos e garantias fundamentais, rompe com a vertente tradicional da instrumentalidade em que a jurisdição é exercida com base na impressão valorativa e discricionária do magistrado (COSTA, F. V., p. 21-23).

## **2. Teoria Constitucional do Processo**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ensina que a partir do cientificismo de Héctor Fix-Zamudio materializou-se um ponto de conexão entre o direito constitucional e o direito processual. Esse liame compreende um exame sistematizado de uma ciência autônoma

consubstanciada na teoria do direito constitucional do processo que compreende a análise dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao aperfeiçoamento da relação jurídica que emerge da instauração da lide mediante provocação dos jurisdicionados. O doutrinador apresenta dois aspectos relevantes que contribuem para alcançar a correta compreensão da disciplina, a saber:

Em síntese, afirma que o conceito genérico da defesa da Constituição se desdobra em dois categorias fundamentais: a) a proteção da Constituição; e b) as garantias constitucionais. [...] A proteção da Constituição integra-se por todos os fatores políticos, econômicos, sociais e mesmo de técnica jurídica incorporados nos textos fundamentais com a finalidade de limitar o poder e assegurar o funcionamento equilibrado dos poderes públicos. [...] As garantias constitucionais, pelo contrário, compreendem os instrumentos predominantemente processuais e geralmente estabelecidos no próprio texto fundamental, tendo em vista a reintegração da ordem constitucional quando esta tenha sido desconhecida ou violada pelos órgãos de poder, nomeadamente quando os meios de proteção da Constituição referidos na rubrica anterior não tenham sido suficientes para evitar a violação da norma superior. [...] Desta forma, afirma que o direito processual constitucional constitui o ramo mais recente da ciência processual, que se encarrega essencialmente do estudo sistemático das garantias constitucionais em o seu sentido contemporâneo, ou seja, esta disciplina compreende a análise daqueles instrumentos predominantemente processuais que são dirigidos à reintegração da ordem constitucional quando o mesmo foi desconhecido ou violado pelos órgãos do poder (MAC-GREGOR, 1977, p. 571-597, tradução nossa).

O jurista brasileiro José Alfredo de Oliveira Baracho investigou minuciosamente o direito constitucional do processo proveniente do direito comparado como um elemento indispensável da estrutura do ordenamento jurídico prevalente na CRFB que “assenta-se, primordialmente, nos preceitos fundamentais”, já que estabelece a estrutura do Estado-juiz, define competências e fixa os direitos fundamentais basilares que limitam a concentração do poder.

A jurisdição constitucional tem por finalidade aferir a conformidade das normas infraconstitucionais com a CRFB que sejam discrepantes dos direitos fundamentais ali expressos e implícitos. A tripartição funcional do poder uno estatal abrange o Legislativo,



o Executivo e o Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si. Trata-se de política necessária de combate ao absolutismo.

A consagrada inafastabilidade da jurisdição de interpretar e declarar o direito pelo magistrado traduz-se na substituição da vontade dos litigantes em processo judicial ou administrativo. Os sistemas exegéticos adotados, isolada ou concomitantemente, são o literal, o sistemático, o teleológico e o histórico.

A CRFB estabelece vários institutos básicos do processo que se manifestam com o surgimento do Direito Constitucional Processual, dada a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” que “abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional” (art. 2º e art. 5º da CRFB) (CRFB, 1988) (BARACHO, 1984, p. 61-73, 75-82, 98, 125-130, 347, 356, 358 e 363).

Ronaldo de Carvalho Dias Brêtas leciona que “são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional” os quais equivalem a direitos fundamentais (BRÊTAS, 2004a, p. 111). E esse autor continua:

na concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito, a chamada função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, entre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito. É o que a doutrina italiana chama de modelo constitucional do processo (BRÊTAS, 2006a, p. 225).

Sérgio Henrique Zandona Freitas defende a necessidade de que haja um “procedimento legalmente estruturado” qualificado “na obrigação consagrada no poder-dever do Estado, que, por este motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade” (FREITAS, 2014b, p. 81). Destaca que os elementos que configuram o processo encontram-se na principiologia do

devido processo legal insculpido na CRFB, “com especial observância ao contraditório e à ampla defesa, vistos sob o prisma do Estado Democrático de Direito, todos institutivos do processo, administrativo ou judicial” (art. 5º da CRFB) (CRFB, 1988) (FREITAS, 2014b, p. 82). Esse mesmo jurista ensina:

O conceito moderno de Estado Democrático de Direito exige que o legislador, nas sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito, submeta-se aos princípios do Processo como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade judicatória dos julgadores, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte. Assim, não é demais reprimir que o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais (FREITAS, 2014, p. 51-52).

No democratismo, é imperioso o reconhecimento do “direito legítimo de todos os interessados no provimento participarem de sua construção” dialógica e simétrica nas esferas jurisdicionais, legislativas e administrativas. O processo democrático desempenha a tarefa de “reconstruir paradigmaticamente a forma de ler, compreender, aplicar e interpretar o direito [...] baseada na racionalidade crítica como referencial de análise dos pontos controvertidos” (COSTA, F. V., 2020, p. 21-22).

O processo, instrumento da jurisdição, “é um conjunto harmônico e coordenado de atos, sujeitos a uma disciplina imposta por lei”. Desenvolve-se de modo preordenado no contexto de uma relação jurídica entre sujeitos para solução da lide sobre direito material (ALVIM, 2020, pp. 6622-6642).

O Código de Processo Civil (CPC) contribui com o modelo que propicia a evolução do direito constitucional do processo quando dispõe:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. [...]

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a

razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) (BRASIL, 2015).

A legitimidade democrática do espaço processual não prescinde do procedimento sequencial “de atos previstos em normas jurídicas e necessários para a obtenção de um procedimento estatal”. Somente uma “estrutura dialética e em simétrica paridade assegura a todos os interessados o direito de definir e debater as questões de fato e de direito que integram a demanda”. Prevalece o entendimento de que o processo é “instituto constitucional e metodologia garantidora do exercício dos direitos fundamentais”. A democratização garante maior “transparência, clareza, objetividade e segurança jurídica às partes”, marcando a “ruptura com o modelo de processo e jurisdição autocráticos” da teoria instrumentalista, que prioriza “os estigmas da autocrática jurisdicional trazidos por proposições dogmáticas que priorizam o protagonismo judicial em detrimento do debate racional das questões trazidas para o processo” (COSTA, F. V., 2020, p. 23 e 43-45).

Na hermenêutica constitucional democrática, o que se busca no recinto teórico-linguístico processual da pretensão resistida é a oportunidade da “efetivação de toda a principiologia constitucional do processo marcada pelos valores da ampla defesa, do contraditório, da representação por advogado e da isonomia, entre outros”. A legitimidade da prestação jurisdicional trata-se do “reflexo de toda uma análise principiológica sistemática, que privilegie a dialogicidade, participação e apreciação” na solução das questões controvertidas e no exame racional do conjunto fático-probatório para formar a decisão. No contexto da processualística democrática republicana, prepondera a dialética da sensatez argumentativa sobre as matérias litigiosas apresentadas pelas partes interessadas e analisadas pelo Estado-juiz.

A atividade jurisdicional estabelece uma ligação lógica com o Estado Democrático de Direito, dado que no exame de mérito presume-se o oportunismo isonômico útil e necessário aos interessados na prestação judicante. A instituição jurídica do direito constitucional do processo democrático autentica o cumprimento dos direitos fundamentais expressos e implícitos na CRFB, afastando circunstâncias que indevidamente propiciam a contenção ou eliminação do pleno exercício e materialização destes (COSTA, F. V., 2020, p. 22-24, 46-47, 52, 53 e 71) (BRASIL, 1988).

### **3. Princípios Regentes da Constitucionalização Processual e a Jurisprudência do STF**

Os princípios constitucionais, como referenciais hermenêuticos normativos de caráter genérico, expressam direitos fundamentais limitantes do poder estatal, postulados axiológicos imperativos alçados a cláusulas pétreas não passíveis de deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-los (art. 5º e art. 60 da CRFB) (BRASIL, 1988).

Esses preceitos consubstanciam um rol exemplificativo através do qual é possível edificar valores com a racionalidade apropriada de modo a possibilitar a análise jurídica da realidade dos fatos a partir de um caráter republicano de ampla e total proteção de ameaça e lesão a direito. Nesse contexto, insere-se o direito constitucional processual, uma vez que os interessados se encontram em estado de cooperação não hierarquizado com a finalidade de que a prestação jurisdicional seja consequência de exaustiva análise baseada na realidade que se delineou a partir do suporte fático-probatório produzido de forma isonômica, dada a sua característica dialética (COSTA, F. V., 2020, p. 60-64).

A ciência processual hodierna estabiliza o seu caráter sistematizado na principiologia constante no ordenamento jurídico segundo a jurisprudência do STF. Suas funções são: fundamentadora, contribuindo com as ideias basilares do sistema positivo; orientadora e axiológica, que guia o alcance das normas; e fonte subsidiária, que supre a lacuna da lei (ROCHA, 2005a, p. 42-43).

Deve ser assegurada aos litigantes no processo a isonomia interpretativa da norma jurídica aplicável ao caso concreto com base na principiologia jurídico-democrática. Ressalte-se que “a interpretação constitucional mais adequada é aquela que privilegia o exercício dos direitos fundamentais”. Os provimentos definitivos devem refletir o exame sistêmico principiológico-normativo que favoreça a apreciação republicana dos motivos de fato e de direito originários, os pontos discordantes e as razões e provas que os interessados produzirem (COSTA, F. V., 2020, p. 66-72).

### **3.1 Dignidade da pessoa humana**

A dignidade humana é um compromisso de valor supremo e sustentáculo das limitações ao poder estatal que se positiva como fundamento republicano (art. 1º da CRFB) (BRASIL, 1988). Trata-se de um instituto aberto, fluido e plural, uma ideia-símbolo que perpassa por todo o ordenamento jurídico, consolidando-se como elemento basilar dos direitos fundamentais. Como consequência dela, há que se estabelecer conteúdo jurídico mínimo segmentado. A laicidade, a neutralidade política, a universalidade e o regime democrático a delineiam de forma que possa ser compartilhada e desejada por toda a sociedade como ambição civilizatória (BARROSO, 2010, p. 18-19).

Esse fundamento outorga “unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”, afastando o aspecto consciencial de coisificação e a “ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”. Estabiliza-se primordialmente no “mínimo invulnerável que todo estado jurídico deve assegurar” (MORAES, 2019, p. 1389-1392).

A dignidade da pessoa humana dialoga com a parte principal de todo o sistema de direitos fundamentais que lhes orienta a interpretação. No aspecto jurídico, Ingo Wolfgang Sarlet oferece a seguinte conceituação:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2015, p. 1166-1173).

Versando sobre ideia concreta de humanidade, a dignidade tem o propósito de ser parte do conteúdo, porém se distinguindo materialmente dos direitos fundamentais por se caracterizar como paradigma de ponderação com moldura dinâmica a depender da cultura temporal da sociedade. Qualifica-se de caráter não absoluto nas relações públicas e privadas, sendo, entretanto, preponderante em uma situação de divergência com os demais princípios fundamentais no contexto de aplicação *in dubio pro societate* (BARROSO, 2010, p. 13-14).

A dignidade da pessoa humana é um princípio-matriz de efetividade de todos os direitos fundamentais, ou seja, um verdadeiro supraprincípio de resistência para a preservação da autonomia e das escolhas existenciais, de autodeterminação e de liberdade fundamental na busca do equilíbrio do agir humano no seio da sociedade. Qualifica-se como elemento não destacável de valor de cada pessoa e da prevalência da isonomia jurídica e substancial (CARVALHO, K. G., 2017b, p. 24-27; LENZA, 2021, p. 1842, 1845, 1892, 1907 e 2585).

Esse preceito-emblema afasta o tratamento degradante e privilegia a exequibilidade da percepção do processo como meio em que a dialética se estabiliza favorecendo a proteção do bem da vida, por meio do qual as partes obtêm a prestação jurisdicional dialogal que afasta a lesão ou ameaça a direito e a objetificação da pessoa humana (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4729/DF, p. 06-07) (BRASIL, 2020) (COSTA, F. V., 2020, p. 216-219).

O "indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o *ser humano* mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a *dignidade humana*" (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444/DF) (BRASIL, 2019). No "exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem" (Recurso Extraordinário nº 359444/RJ) (BRASIL, 2004). A dignidade do homem "não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor" (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF) (BRASIL, 2010).

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554/MG (BRASIL, 2011), assinalou-se que:

O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. [...] O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais

Inspirados no ânimo progressista, o aperfeiçoamento dos critérios dogmáticos e a assimilação dessas potências diretivas principiológicas concorrem para a construção de relações processuais seguras e previsíveis influenciadas pelo primado da dignidade da pessoa humana.

### **3.2 Devido processo legal**

O inciso LIV do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988) prevê expressamente que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". A entrega pelo Estado-juiz da prestação jurisdicional é um imperativo previsto no ordenamento jurídico que faz a intermediação do diálogo entre o sistema constitucional do procedimento e os direitos e garantias fundamentais. Baseia-se na dialética republicana atinente à "resolução

dos conflitos, garantindo aos sujeitos do processo a exaustão dos argumentos e a amplitude quanto à produção das provas necessárias ao esclarecimento dos fatos controvertidos” que exsurgem da pretensão deduzida em juízo.

A sistematização das limitações ao poder estatal decorre da “existência de um *substantive due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*”, uma vez que a “limitação, supressão ou restrição de direitos fundamentais é uma exceção”. Trata-se da medida da democratização da relação jurídico-processual, de modo a obstar a coisificação dos interessados e a autocracia da autoridade julgadora (COSTA, F. V., 2020, p. 100-106; CÂMARA, 2013, p. 43).

O devido processo legal está vinculado ao modelo da constitucionalização processual, constituindo “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” (MORAES, 2019, p. 3700-3704).

Esse princípio identifica-se a partir do conteúdo material dos direitos essenciais tais como: a garantia ao processo, a citação válida, o conhecimento da lide, o julgamento público com base na legislação vigente à ocorrência do fato controvertido, a celeridade processual, o contraditório, a amplitude de autodefesa e defesa técnica, o tratamento isonômico entre as partes, o benefício da gratuidade, o juiz natural e o silêncio contra a autoincriminação.

O direito à ampla defesa “confunde-se com a noção de *devido processo legal*, além de, preservado, atender aos reclamos decorrentes do fundamento da República Federativa do Brasil que é a *dignidade da pessoa humana*” (*Habeas Corpus* nº 80031/RS) (BRASIL, 2001). No que se refere à restrição ou extinção de direitos, o Estado “não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária” nas esferas judicial ou administrativa, uma vez que “supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível” do devido processo legal a todas as pessoas (Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 2893/PI) (BRASIL, 2012). Reconhece-se a “violação do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição), na medida em que as normas impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário” em se verificando a existência de “sanções políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173/DF) (BRASIL, 2009).

No Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28517/DF (BRASIL, 2014), revelou-se que:

a essencialidade do princípio que consagra o "*due process of law*", nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do "*due process of law*" (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do "*due process of law*", que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. - Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do "*due process*" a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência.

O devido processo legal dialoga estreitamente com outros preceitos, em especial com o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, que asseguram aos litigantes a não surpresa, além da democratização da composição participativa da prestação jurisdicional.

### 3.3 Contraditório



O contraditório é um elemento essencial da estrutura dialética de participação dos interessados no processo com o escopo de dar efetividade à prestação jurisdicional. Trata-se do reconhecimento da legitimidade, no âmbito do processo, da dialética com participação dos jurisdicionados de forma democrática e equânime. “Implica a paridade de tratamento e a bilateralidade da audiência, que é resumida no binômio ciência e reação” (WAMBER; TALAMAMIN, 2016, p. 76-77).

Está expressamente previsto no inciso LV do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988) que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O CPC assim dispõe:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. [...] Art. 9º Não se preferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015).

A cada ato de uma parte cabe a possibilidade de oposição de contrarrazões da parte contrária. O contraditório não confere imposição ou obrigatoriedade de a parte se manifestar. Cabe ao magistrado promover a citação válida para que os litigantes possam exercer a defesa facultativa, tolerando o ônus de deixar de praticar o ato (COSTA, F. V., 2020, p. 73-95).

Alexandre de Moraes ensina que:

o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2019. P. 121).

A dialética tem como qualidade essencial dar oportunidade ao autor de inaugurar a provocação do conhecimento do fato constitutivo de seu direito. Ao réu admite-se a

comprovação da “existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito” da parte adversa no contexto da exaustão argumentativa para esclarecimento das matérias litigiosas, incluindo o saneamento, se necessário (art. 357 e art. 373 do CPC) (BRASIL, 2015).

Afastadas a surpresa e a qualidade de ser genérica, a decisão judicial deve ser elaborada com o regular fundamento exaustivo a partir do diálogo racional das questões controvertidas principais que formam a *ratio decidendi* com as matérias litigiosas secundárias analisadas como *obiter dictum* e as evidências comprobatórias trazidas ao processo pelas partes ou produzidas de ofício (inciso IX do art. 93 da CRFB) (BRASIL, 1988) (art. 489 do CPC) (BRASIL, 2015).

A inexistência de citação válida “compromete o regular *contraditório* e fere a ampla defesa constitucionalmente garantida às partes, de modo que autoriza o ajuizamento de ação rescisória” (Ação Rescisória nº 2640/DF) (BRASIL, 2020). “No âmbito administrativo deve ser assegurado o exercício do direito à *ampla defesa* e ao *contraditório*” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 401472/SE) (BRASIL, 2014). A “ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa torna nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 196554/RO) (BRASIL, 2005).

No modelo participativo democrático, o contraditório garante aos interessados o direito de atuarem como agentes que contribuem para a construção da prestação jurisdicional pela dialética.

### **3.4 Ampla defesa**

O democratismo traduz-se no ideal de cooperação e participação direta das partes na solução da lide, já que o processo é um instrumento que propicia ampla dilação probatória até o esgotamento dialogal e a sua amplitude se desenrola nas demarcações normativas temporais (COSTA, F. V., 2020, p. 95-100).

Está literalmente preconizado no inciso LV do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988) que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A ampla defesa tem como especificidade o dever de o juiz garantir aos jurisdicionados, entre outros, os direitos à proteção oral ou escrita, à produção de provas obtidas por meios lícitos e a demonstrar todos os pontos discordantes relativamente às razões fáticas e jurídicas como forma de destacar a verdade real a partir da qual a decisão deve ser fundamentada.

Luiz Rodrigue Wambier e Eduardo Talamini defendem que a ampla defesa pode ser entendida “como um direito do réu também poder formular alegações, produzir provas, enfim, formular a formulação da convicção do juiz” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 76).

Alexandre de Moraes defende que “por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário” (MORAES, 2019, p. 121).

Esse princípio acarreta “o dever de o Estado propiciar a todo acusado a mais completa ampla defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) [...] e de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados” (CAPEZ, 1999, p. 20). O “direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana” (*Habeas Corpus* nº 89176/PR) (BRASIL, 2006). O “Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa” (*Habeas Corpus* nº 95009/SP) (BRASIL, 2008).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2120/AM (BRASIL, 2014), mencionou-se que:

Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. “*Nemo inauditus damnari debet*”. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípua destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O Supremo Tribunal Federal, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao “*due process of law*”, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição

brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. Doutrina. Precedentes. – Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa.

Na Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 2893/PI (BRASIL, 2012), esclareceu-se que:

A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o *devido processo legal*, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. - A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes.

Mediante o processo, os litigantes têm a oportunidade de evidenciar o suporte fático-probatório a fim de que a pretensão resistida em juízo seja decidida com base na verossimilhança com a realidade que se delineou.

### **3.5 Isonomia processual**

A isonomia processual decorre do imperativo de que o magistrado deve conferir equanimidade de condições e oportunidades aos litigantes de debates e de produção de

prova de suas alegações sobre as matérias alcançadas pela litigiosidade. Às partes é assegurada “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (art. 7º do CPC) (BRASIL, 2015).

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco defendem que no sistema jurídico fundamental

legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou inferioridade em face da outra (CINTRA; GINOVER; DONAMARCO, 2005, p. 56).

Trata-se de um direito-garantia das partes de participar da dialética inaugurada no processo. Assegura a equivalência na distribuição do ônus probatório, afastando privilégios, ressalvada a diferenciação legal com o propósito de igualar pessoas a partir de determinados critérios (COSTA, F. V., 2020, p. 106-114).

Nesse contexto, cabe ao Estado prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (inciso LXXIV do art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988). Salienta-se que “o súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil [...] é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido *processo legal*” (*Habeas Corpus* nº 103311/PR) (BRASIL, 2011).

No Recurso Extraordinário com Agravo nº 648629/RJ (BRASIL, 2014), distinguiu-se que:

1. A *isonomia* é um elemento ínsito ao princípio constitucional do *contraditório* (art. 5º, LV, da CRFB), do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do *processo* em que prolatado. Doutrina [...].2. As exceções ao princípio da paridade de armas apenas têm lugar quando houver fundamento razoável baseado na necessidade de remediar um desequilíbrio entre as partes, e devem ser interpretadas de modo restritivo, conforme a parêmia *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

A isonomia processual deriva de um encadeamento dedutivo dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que asseguram indistintamente o dialogismo democrático aos litigantes na prestação jurisdicional.

### **3.6 Indispensabilidade do advogado**

Considera-se a participação do advogado no processo como “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133 da CRFB) (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (BRASIL, 1994), determina que:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal. [...]

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

A imprescindibilidade do serviço advocatício tem o propósito de afiançar aos interessados na composição da lide o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a equanimidade processual. Essa premissa decorre do direito de as partes fruírem do acesso à defesa técnica como democratização do acesso à justiça, exceto quando a lei lhes outorgue o *jus postulandi*.

A Súmula Vinculante do STF nº 5 prevê que a “falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2008).

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (BRASIL, 1994), com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009 (BRASIL, 2009), define:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em

todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 2º A Defensoria Pública abrange: I - a Defensoria Pública da União; II - a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; III - as Defensorias Públicas dos Estados.

Art. 3º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. [...]

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; [...] V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; [...] X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; [...] § 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.

Verifica-se que a teor da alteração legislativa, a partir de 2009 as funções institucionais da Defensoria Pública foram ampliadas para alcançar a defesa dos direitos fundamentais em proveito dos necessitados, pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, diante de todas as instâncias de todos os órgãos. Infere-se que há possibilidade da participação de advogado na defesa técnica no processo administrativo no contexto das técnicas da *distinguishing* referente à inadequação e da

*overruling* sobre a superação total da Súmula Vinculante do STF nº 5 (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 442-467).

No que se refere ao cancelamento, é parte integrante da Proposta de Súmula Vinculante nº 58/DF (BRASIL, 2016):

O Tribunal, por maioria, rejeitou proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 (“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”). Para o proponente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o procedimento de edição da referida súmula vinculante não teria observado os pressupostos estabelecidos pela Constituição Federal (CF), entre os quais a exigência de reiteradas decisões da Corte sobre a matéria. Além dos vícios formais de inconstitucionalidade, alegava que a Súmula Vinculante 5 afrontaria materialmente o conteúdo normativo axiológico da CF por contrariar o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. Em vista disso, postulava-se seu cancelamento. Prevaleceu o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, no que acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Ao rejeitar a proposta, asseverou que o CFOAB buscou refutar cada um dos fundamentos que serviram de base para o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059/DF (DJe de 12.9.2008). Rememorou que, no referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, concluiu que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a CF. Observou, também, que, durante as discussões em plenário, não se proibiu a participação dos advogados nos processos administrativos disciplinares. Pelo contrário, determinou-se que a Administração Pública viabilizasse a presença de advogado nesses procedimentos administrativos, bem como cientificasse os servidores públicos acerca da possibilidade de contratação desse profissional para sua defesa. [...] O ministro Celso de Mello ponderava que a observância dos direitos e garantias assegurados pela CF traduz fator de legitimação da atividade estatal, ainda mais quando o poder do Estado objetiva a imposição de sanção de natureza disciplinar a seus agentes e servidores. Enfatizava que, nos procedimentos administrativos, a Administração Pública não pode transgredir postulados básicos, notadamente a garantia do “*due process*”, que representam prerrogativa indisponível de índole constitucional,



assegurada à generalidade das pessoas e não apenas aos agentes e servidores públicos. Mesmo em se tratando de procedimento administrativo, ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos, sem o devido processo legal, sobretudo naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo — inclusive o servidor —, de outro. Citava a jurisprudência da Corte, que se fixou no sentido de assistir ao interessado — no caso servidor público, mesmo em procedimentos de índole administrativa, inclusive naqueles de caráter eminentemente disciplinar, nos quais a Administração Pública exerce típica jurisdição censória —, como direta emanção da própria garantia fundamental do “*due process*”, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República (art. 5º, LIV e LV). Destacava que o respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui uma garantia da própria sociedade e das pessoas em geral. O advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e na defesa de direitos, garantias e liberdades fundamentais. Concluía, dessa forma, que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar ofende a CF (Informativo STF nº 849) (BRASIL, 2016).

A “extinção anômala do processo penal condenatório, em sede de ‘*habeas corpus*’, embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie — com base em situações revestidas de liquidez — a ausência de justa causa” (*Habeas Corpus* nº 98237/SP) (BRASIL, 2010). O “direito de petição e o acesso à justiça não eximem a Agravante de postular em juízo com a presença de advogado (art. 133 da Constituição da República e art. 36 do Código de Processo Civil)” (Agravo Regimental na Ação Originária nº 1531/RS) (BRASIL, 2009). Excepcionalmente, “nos processos de natureza cível não é absoluta a obrigatoriedade da presença do advogado em juízo. A lei dos juizados especiais pode facultar às partes, em determinadas hipóteses, a dispensa da assistência de profissional da advocacia” (Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 461490/GO) (BRASIL, 2009). A defesa técnica imprópria não enseja nulidade quando “o Réu foi satisfatoriamente assistido por Defensor que ofereceu resposta à acusação sustentando inépcia da denúncia e, inclusive, impugnando a legalidade da prova que fundamenta a exordial acusatória” (*Habeas Corpus* nº 175690/SP) (BRASIL, 2020).

No *Habeas Corpus* nº 98237/SP (BRASIL, 2010), registrou-se que:

A inviolabilidade constitucional do Advogado: garantia destinada a assegurar-lhe o pleno exercício de sua atividade profissional. - A necessidade de narrar, de defender e de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos delitos contra a honra. A questão das excludentes anímicas. Doutrina. Precedentes. - Os atos praticados pelo Advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificadas como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o "*animus defendendi*" importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. [...] O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o Advogado - ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao Advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias - legais e constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos. - O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua. - O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

A advocacia como defesa técnica, além de ser uma função essencial, também é um múnus público na administração democrática e republicana do acesso à justiça que possibilita a viabilidade do debate jurídico, cuja atuação é limitadora do poder estatal

pertinente à prestação jurisdicional. Trata-se de direito fundamental da parte ter assistência do advogado do qual se espera lealdade e probidade (COSTA, F. V., 2020, p. 114-117).

### **3.7 Inafastabilidade do controle jurisdicional**

A inafastabilidade da jurisdição está pressuposta no inciso XXXV do art. 5º da CRFB no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, o art. 3º do CPC (BRASIL, 2015) prevê que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, ainda que não tenha expressão econômica.

Alexandre de Moraes dispõe que:

desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue [inexistindo] a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário (MORAES, 2019, p. 3145-3157).

Cássio Scarpinella Bueno instrui que após provocado, “o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, mesmo que seja negativa” (BUENO, 2016, p. 44).

O controle jurisdicional é um direito inarredável no aspecto constitucional do processo democrático que se desenvolve a partir do amplo debate isonômico da matéria litigiosa decorrente da efetividade do acesso à justiça e da participação dos destinatários da solução da controvérsia.

Cabe a adoção das premissas de que o Estado deve instituir normas procedimentais necessárias e úteis à tutela dos direitos fundamentais e à efetividade processual de forma republicana. A interpretação democratizada da legislação privilegia o julgamento racional e fundamentado consistente no “direito de as partes juridicamente interessadas participarem de forma direta na construção da demanda”, a partir do fomento do debate no espaço processual de construção da atividade judicante (COSTA, F. V., 2020, p. 117-121).

“Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito — parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal —, o poder de cautela, mediante o

implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário” (Referendo em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 172/RJ) (BRASIL, 2009). “As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito”, reivindicam a submissão do que estabelece o direito constitucional processual para que seja exercido (Agravo Regimental na Petição nº 4556/DF) (BRASIL, 2009).

Admite-se “a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais, procrastinatórios ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário”, de acordo com o inciso XXXV do art. 5º da CRFB (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2160/DF) (BRASIL, 2019). Trata-se de probabilidade de insucesso “a negativa de realização de atos periciais às vítimas menores de idade do sexo feminino por legistas homens, o que compromete concretamente [...] o direito de crianças e adolescentes de acesso à justiça e aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta” (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6039/RJ) (BRASIL, 2019).

No Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 640905/SP (BRASIL, 2018), informou-se que:

4. O princípio da inafastabilidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, CRFB/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” tem o intento de coibir iniciativas dos legisladores que possam impor obstáculos desarrazoados ao acesso à justiça, ao permitir o acesso plural e universal ao Poder Judiciário. 5. Os contribuintes podem vindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado-Juiz, posto ser o sistema judiciário igualmente acessível a todos e apto a produzir resultados individual e socialmente justos. 6. A norma que cria entraves ao acesso ao Poder Judiciário, ou que atenta contra os princípios e direitos fundamentais constitucionais, é inconstitucional, por isso que: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.” (Súmula Vinculante 28).

O acesso à justiça é um direito fundamental a ser obrigatoriamente implementado pelo Estado-juiz como corolário da cidadania, no sentido de que é garantida aos litigantes no processo judicial ou administrativo a participação na atividade jurisdicional.

### **3.8 Boa-fé ou lealdade processual**

O art. 5º do CPC (BRASIL, 2015) determina que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” ou com lealdade processual.

A norma-princípio da boa-fé objetiva orienta o comportamento dos litigantes que participam de relação jurídico-processual adequada aos princípios da confiança e da não surpresa, valores previstos no ordenamento jurídico pátrio. A lealdade das partes deve permear o processo a fim de que seja ofertada uma tutela adequada à pretensão resistida em juízo que contenha os pressupostos de validade, existência e eficácia do ato decisório.

Rosemiro Pereira Leal ensina que:

A lealdade processual [...] diz respeito ao dever legal de atuação processual em regime de reciprocidade de tratamento, segundo padrões de seriedade que a lei processual exige ao colocar as partes em nível isonômico, sem que qualquer delas possa usar de modo fraudulento ou doloso a atividade jurisdicional para fins ilícitos (LEAL, 2009, p. 113).

A imposição aos interessados de agir com boa-fé objetiva ou lealdade processual denota o reconhecimento do dever de conduta de exposição dos fatos verdadeiros, da pretensão fundamentada, da prática de atos necessários e úteis, da produção de provas obtidas por meios lícitos e do cumprimento regular das decisões. Ficam vedadas, entre outras, as seguintes condutas: apresentar manifestações ofensivas, utilizar-se de litigância de má-fé, distorcer a verdade dos fatos, expor pretensão ilegal, opor resistência injustificada, proceder de modo temerário, provocar incidente infundado e oferecer recurso protelatório (COSTA, F. V., 2020, p. 121-126).

Nos Embargos de Declaração na Ação Cível Originária nº 312/BA (BRASIL, 2015), indicou-se que:

1. O processo como instrumento técnico e ético é informado pelo princípio da *boa-fé*, que impõe às partes atuarem com *lealdade* processual em relação ao *ex adversus* e ao juízo. 2. Em consectário do princípio da *lealdade processual*, não se revela legítima a guarda de trunfos no afã de deter o resultado do processo, omitindo-se quanto à suposta nulidade, para utilizá-la em momento que julgar oportuno, de modo a acarretar o prejuízo dos atos *processuais* praticados, em afronta à preclusão.

Está em desacordo com os preceitos constitucionais da razoável duração do processo e da boa-fé processual “admitir-se o ajuizamento de inúmeros mandados de segurança contra um mesmo ato, pela mesma parte, com essencialmente os mesmos pedido e causa de pedir, apenas por haver alguma alteração na argumentação jurídica” (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 36670/DF) (BRASIL, 2020). “No sistema das invalidades *processuais*, deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório, cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do *venire contra factum proprium*” (Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 195106/SP) (BRASIL, 2021).

A boa-fé objetiva ou a lealdade processual têm natureza normativo-principiológica, e os sujeitos do processo, de forma democrática, devem observar essas delimitações para que se torne viável o exercício legítimo do direito à prestação jurisdicional democrática.

### 3.9 Cooperação

O dever de colaboração está circunstanciado no art. 6º do CPC (BRASIL, 2015), que preceitua que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Imperativo é que os interessados tenham uma conduta colaborativa na dialética dos pontos controvertidos com boa-fé objetiva ou lealdade processual, ressalvada a autoincriminação. A participação diligente das partes no esgotamento das questões conflituosas é um dever democrático dialogal no esclarecimento das dúvidas, no auxílio ao magistrado na busca da verdade dos fatos, na retificação de eventuais vícios e no agir com urbanidade (COSTA, F. V., 2020, p. 126-129).

A conciliação está “sempre no interesse das partes, que, desejando levá-la a bom termo, devem *cooperar*, para este fim, com o juiz, pois a elas cabe proceder com lealdade ou boa-fé” (Recurso Extraordinário nº 81138/GO) (BRASIL, 2019) (BRASIL, 1975). Em se tratando de “nulidade derivada do indeferimento de perícias diversas, sabe-se que embora a dinâmica probatória no processo penal seja *cooperativa*, o controle sobre a produção das provas compete ao Juiz” (*Habeas Corpus* nº 175690/SP) (BRASIL, 2020).

Os jurisdicionados do processo democrático devem observar o dever de colaboração como consequência necessária da boa-fé objetiva ou da lealdade processual e para que se torne viável o exercício legítimo do direito ao devido processo legal dialógico, ao contraditório, à ampla dialética dinâmica de defesa e à isonomia participativa na busca da solução racional da lide.

### 3.10 Primazia do mérito

Referente à primazia do mérito, o art. 4º do CPC (BRASIL, 2015) estabelece que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. O julgamento de mérito da lide deve ser privilegiado, sendo a exceção a resolução sem sua análise no caso de vícios processuais insanáveis. Assim, cabe ao magistrado “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais” (inciso IX do art. 139 do CPC) (BRASIL, 2015).

O emprego desse princípio pressupõe a regular observância de todos os requisitos legais e a função social do processo “privilegiando o conteúdo em detrimento da forma”. Esse preceito dialoga com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, haja vista que exaurir a discussão dos pontos controvertidos favorece o acesso à justiça (COSTA, F. V., 2020, p. 129-133).

“O princípio da *primazia* da solução de *mérito* (art. 4º do CPC) deve prevalecer nos casos em que se impõe ao TST a observância de tese de repercussão geral, de modo a se afastar o entendimento assentado por aquele tribunal” (Agravo Regimental na Reclamação nº 36391/GO) (BRASIL, 2021). “Nos termos de precedente turmário [...] é possível afastar a análise dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos recursos para enfrentar questões de fundo, em relação às quais exista tese de repercussão geral firmada” pelo STF (Agravo Regimental na Reclamação nº 46278/DF) (BRASIL, 2021).

O princípio jurídico da primazia do mérito distingue a admissibilidade de os sujeitos debaterem os fundamentos de fato e de direito da pretensão deduzida, permitindo o saneamento de possíveis vícios como meio de legitimar a decisão definitiva.

### **3.11 Publicidade**

O princípio da publicidade é a regra geral que destaca o dever de transparência e da legítima fiscalização participativa promovida pelos interessados na resolução das matérias controvertidas da demanda como garantia da prestação jurisdicional democrática.

Atinente à publicidade dos atos processuais, a CRFB (BRASIL, 1988) fixa:

Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O CPC (BRASIL, 2015) reafirma esse preceito da seguinte forma:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. [...] Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

A publicidade assegura a autoridade, a imparcialidade, a independência e a responsabilidade do magistrado, com exceção daquelas circunstâncias previstas em normas específicas (COSTA, F. V., 2020, p. 133-136).

As ressalvas à ampla divulgação dos julgados residem no art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988):

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

“O direito à informação e o princípio da publicidade da Administração Pública constituem [...] pilares sobre os quais se assenta a participação democrática dos cidadãos no controle daqueles que gerenciam o patrimônio comum do povo, seja ele material ou imaterial” (Referendo à Segunda Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 754/DF) (BRASIL, 2021). “Descabe enquadrar, como sancionador, cadastro de empregadores, cuja finalidade é o acesso à informação, mediante publicização de política de combate ao trabalho escravo” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 509/DF) (BRASIL, 2020).

“A publicidade assegurada constitucionalmente (art. 5º, LX, e 93, IX, da CRFB) alcança os autos do processo, e não somente as sessões e audiências” nos processos criminais (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4414/AL) (BRASIL, 2013). “À consagração



constitucional de *publicidade* e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo” (Referendo na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6347/DF) (BRASIL, 2020).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 129/DF (BRASIL, 2019), prescreveu-se que:

O Princípio de Publicidade dos Atos da Administração Pública caracteriza-se como preceito fundamental para fins de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem. Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde de que (i) haja previsão legal; (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) seja necessária e proporcional.

No modelo participativo e da publicidade dos atos, resta outorgado relativamente aos indivíduos o acesso às deliberações judicantes no exercício do direito à fiscalização popular.

### **3.12 Obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais**

Sobre a obrigatoriedade da emissão de decisões fundamentadas racionalmente, a CRFB (BRASIL, 1988) ordena:

Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O CPC (BRASIL, 2015) prescreve que:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O dever de fundamentar as decisões consiste em um modo de limitar o poder decisório do juiz no exercício da atividade jurisdicional, garantindo a previsibilidade e a segurança jurídica no julgamento, sob pena de nulidade de pleno direito. Trata-se de exigência normativa democrática que privilegia a participação dos sujeitos na “construção discursiva do mérito processual”, ainda que sucintamente, sem que seja imperiosa a análise detalhada de cada um dos argumentos ou provas produzidas. Da fundamentação válida exsurtem a imparcialidade democrática do magistrado e a plausibilidade das atividades de controle e de fiscalização atribuídas aos jurisdicionados (COSTA, F. V., 2020, p. 136-138).

José de Albuquerque Rocha instrui que:

É imprescindível que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, isso é, suja justificada e explicada pela autoridade que a proferiu, a fim de que sejam compreensíveis as suas razões de decidir e se dê transparência à atividade judiciária (ROCHA, 2005a, p. 49).

O art. 489 do CPC (BRASIL, 2015) elenca os elementos essenciais do ato decisório, que são, a saber, o relatório, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” e o “dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”. “A fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa”. Esse dispositivo legal ainda estabelece as circunstâncias em que a decisão não se considera fundamentada: restringe-se à indicação do dispositivo legal invocado “sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”, utiliza conceitos abertos sem expor a subsunção com o caso concreto, invoca justificativas genéricas, deixa de enfrentar matérias litigiosas que podem afastar a eficácia da dedução apresentada, emprega enunciados de súmulas desconexas da realidade dos fatos e afasta enunciados de súmulas de forma desarticulada da verdade (COSTA, F. V., 2020, p. 139-141).

Na Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE (BRASIL, 2010), propagou-se que:

1. A consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que “a Constituição exige, no art. 93, IX, que a decisão judicial seja fundamentada; não que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide:

declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional" (RE 140.370, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 150/269). Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando, como ocorre na espécie vertente, "a parte teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada (...) mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente" (AI 650.375-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.8.2007), e "o órgão judicante não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses apresentadas pela defesa, bastando que aponte fundamentadamente as razões de seu convencimento" (AI 690.504-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 23.5.2008). 2. Necessidade de reexame dos fatos e das provas que permeiam a lide para decidir de forma diversa do Tribunal a quo: incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Existência de autorização judicial explícita para a realização das diligências internacionais mediante decisão fundamentada (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 747611/SP) (BRASIL, 2009). 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Tem-se que "não há afronta ao art. 93, inc. IX e X, da [CRFB] quando a decisão for motivada, sendo desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados e certo que a contrariedade ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional" (Mandado de Segurança nº 26163/DF) (BRASIL, 2008). A incorporação da "sentença de 1º grau pelo julgado [do 2º grau] como razões de decidir, por si só, não caracteriza ausência de fundamentação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa" (*Habeas Corpus* nº 94384/RS) (BRASIL, 2010).

No Recurso Extraordinário nº 435256/RJ (BRASIL, 2009), distinguiu-se que:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-Juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por

autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Nos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 25936/DF (BRASIL, 2009), registra-se que:

Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação "*per relationem*", que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário.

A indisponível fundamentação da decisão proveniente da atividade jurisdicional representa a efetividade da sistemática constitucional processual democrática.

### **3.13 Inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos**

O inciso LVI do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988) destaca que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", pois não se revestem da indispensável adequação jurídica para fins de embasar a convicção do julgador que condiz com os direitos fundamentais.

Alexandre de Moraes esclarece que "as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual [e] as provas ilegais seriam o gênero". Na regular atuação estatal no processo democrático, somente são admitidas as provas produzidas por meios lícitos. Caso a comprovação seja ilegal, deve ser excluída a possibilidade de uso por se qualificar como imprestável. A incomunicabilidade da ilicitude das provas ou teoria do fruto da árvore venenosa prevê que ainda que na origem a evidência seja legítima, fica contaminada de invalidade na hipótese de sua obtenção ser efetivada de forma ilegal, dados os deveres de probidade e de cooperação no agir dos litigantes, em conformidade com as normas da metodologia do desenvolvimento procedimental. A doutrina, contudo, tem mitigado o impedimento do emprego da prova obtida por meio ilícito com o escopo de reparar

desvirtuamentos que a inflexibilidade da inadmissão poderia acarretar nos “casos de excepcional gravidade” e “demonstração da relevância jurídica” (MORAES, 2019, p. 3919-4036).

Na decisão, caracteriza-se o *error in procedendo* no caso em que o julgador resolve a questão conflituosa ignorando as provas produzidas no processo, e o *error in iudicando* pela adoção tão somente do critério axiológico motivacional (COSTA, F. V., 2020, p. 141-145).

Tem-se que “sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo” (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1116949/PR) (BRASIL, 2020). “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro” (Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 583937/RJ) (BRASIL, 2008).

No *Habeas Corpus* nº 93050/RJ (BRASIL, 2008), mencionou-se que:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “*Exclusionary Rule*” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”.

A inadmissibilidade em juízo de provas obtidas por meios ilícitos é uma circunstância essencial para a efetivação da atividade jurisdicional democrática.

### 3.14 Duplo grau de jurisdição

A CRFB não positivou literalmente o duplo grau de jurisdição. Esse princípio foi desenvolvido pela exegese das normas constitucionais pelos critérios extensivo e sistemático com fundamento de validade no inciso LV do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988), que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, com destaque ao preceito da segurança jurídica.

Cássio Scarpinella Bueno enfatiza que se trata de formulação que assegura a revisão

ampla das decisões judiciais por magistrados preferencialmente diferentes e em nível hierárquico diverso” [pela] “oportunidade de tudo aquilo que levou o órgão *a quo* proferir uma decisão e ser contrastado pelo magistrado *ad quem*, inclusive o que se relaciona com o aspecto probatório (BUENO, 2016, p. 49).

A sistematização estrutural do Estado e a distribuição de competências previstas na CRFB e em normas infraconstitucionais evidenciam o caráter principiológico do duplo grau de jurisdição com a possibilidade de reexame do teor decisório. Há inevitabilidade da nova análise do provimento jurisdicional pela via recursal ampla em sendo manifesto o *error in judicando* ou o *error in procedendo*, sob pena de violação de preceitos fundamentais. O duplo grau de jurisdição tem como corolário o efeito devolutivo pelo “direito à revisão do conteúdo da decisão recorrida” (COSTA, F. V., 2020, p. 145-149).

“Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da [CRFB], no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o *duplo grau de jurisdição*, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional” (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 216257/SP*) (BRASIL, 1998). “Segundo a jurisprudência [do STF], não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do *duplo grau de jurisdição*” (*Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 976178/PR*) (BRASIL, 2017).

*No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601832/SP* (BRASIL, 2009), caracterizou-se que:

3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do *duplo grau de jurisdição* previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A

própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do *duplo grau de jurisdição*. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao *duplo grau de jurisdição* (

A implementação da garantia do preceito do duplo grau de jurisdição consiste em admitir nova averiguação da resolução da lide proferida em instância *a quo* com o objetivo de corrigir possíveis erros em instância recursal *ad quem*.

### 3.15 Proibição de *reformatio in pejus*

A vedação da *reformatio in pejus* decorre da possibilidade de apresentação do recurso pela parte sucumbente contra decisão exarada pelo juízo *a quo* que impeça que o juízo *ad quem* delibere de modo a agravar o resultado da lide.

No reexame, as questões conflituosas devolvidas são analisadas nos limites interpostos pelo jurisdicionado, de acordo com o princípio da congruência previsto no CPC (BRASIL, 2015):

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Fabrizio Veiga Costa leciona que a “decisão judicial não pode melhorar a situação do recorrente para além do que foi pedido no recurso”, com destaque à isonomia processual democrática. Trata-se de princípio de aplicação relativa. As matérias de ordem pública devem ser conhecidas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, o que pode ocasionar o agravamento das circunstâncias (COSTA, F. V., 2020, p. 149-150). Esse mesmo efeito ocorre na incidência da teoria da causa madura prevista no art. 1.013 do CPC (BRASIL, 2015), mesmo porque “todas as provas para comprovar os fatos alegados já foram anteriormente produzidas em primeiro grau”, mas ainda assim “admite-se o julgamento de ofício do mérito da pretensão deduzida diretamente pelo tribunal, ressaltando-se novamente a obrigatoriedade de observância do contraditório para evitar decisões surpresas” (COSTA, F. V., 2020, p. 151).

No que se refere à sucumbência recíproca no caso de ambos os interessados apresentarem recursos autônomos ou na modalidade adesiva, “fica afastada a possibilidade de aplicação do princípio da *non reformatio in pejus*” (COSTA, F. V., 2020, p. 151-152).

“Em recurso exclusivo da defesa, descabe à instância superior reconhecer circunstância judicial negativa não valorada na sentença para o fim de justificar a manutenção de regime inicial de cumprimento de pena, sob pena de *reformatio in pejus*” (Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 185787/RS) (BRASIL, 2020). “Há *reformatio in pejus*, apenas quando, através do recurso manejado pela defesa, há agravamento da situação jurídica” (Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 164959/SC) (BRASIL, 2020). “A mera correção de mero erro material não se convola em *reformatio in pejus* ou ofensa aos princípios da não surpresa e da segurança jurídica” (Segundo Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 683/CE) (BRASIL, 2020).

Com base no recurso da apelação do Ministério Público, é possível “valorar os mesmos fatos anteriormente considerados pelo Juízo de 1º grau para aplicar uma pena maior e modificar o regime prisional para um mais gravoso”, pois isso “está no âmbito da competência do Tribunal de Justiça, sem que isso configure ofensa ao art. 93, inc. IX, da CF” (Recurso em *Habeas Corpus* nº 97473/DF) (BRASIL, 2009). “A execução provisória da pena coaduna com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, quando mantida a condenação do paciente pela Corte local” (Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 173222/MG) (BRASIL, 2019).

O preceito da *non reformatio in pejus* alcança o recurso da parte sucumbente no sentido de que o tribunal não pode tornar mais gravosa a resolução da lide proferida pelo juiz de primeira instância.

### **3.16 *Tantum devolutum quantum appellatum***

O escopo da oposição pelo interessado sucumbente à peça recursal é a devolução das matérias conflituosas que foram resolvidas em seu desfavor pelo juízo *a quo* para reexame em sede do juízo *ad quem*. Circunscrevem-se aos pontos os fundamentos de fato e de direito controvertidos que devem ser novamente analisados. O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* tem como característica marcante o diálogo com o preceito *non reformatio in pejus*. A reapreciação pelo tribunal está adstrita objetivamente aos limites determinados autonomamente pelo titular jurisdicionado, uma vez que “recurso é um instrumento processual que oportuniza facultativamente à parte sucumbente externar de maneira formal seu inconformismo quanto a uma determinada decisão judicial recorrível” (COSTA, F. V., 2020, p. 153).

Como regra geral, as questões que não foram inauguradas expressamente na primeira oportunidade consideram-se não litigiosas, ou aquelas tacitamente aceitas não podem ser submetidas a avaliação em segunda instância. Excepcionalmente, as questões de ordem pública devem ser examinadas de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição. A causa madura é identificada pelas questões controvertidas em que a fase litigiosa foi



instaurada diretamente no tribunal, de acordo com as hipóteses expressamente indicadas no art. 1.013 do CPC (BRASIL, 2015) (COSTA, F. V., 2020, p. 152-157).

"A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) *a quo*" (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 740912/BA) (BRASIL, 2013). "A Apelação, interposta contra julgamento perante o Tribunal do Júri, não devolve integralmente ao Tribunal '*ad quem*' toda a matéria da causa, devendo este, por conseguinte, limitar-se a apreciar o alegado no recurso" (*Habeas Corpus* nº 75552/RJ) (BRASIL, 1999).

Nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664961/RJ (BRASIL, 2014), destacou-se que:

O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão ad quem julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. Aplicam-se na instância recursal os arts. 128 e 460 do CPC. Caso o órgão destinatário do recurso extrapole o pedido de nova decisão, constante das razões do recurso, estará julgando *extra, ultra ou citra petita*, conforme o grau e a qualidade do vício em que incorrer. Casos há, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra ou infra petita*. Isto ocorre normalmente com questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (...)" (NERY JR., Nelson. Princípios fundamentais teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 415).

Na Ação Cautelar nº 112/RN (BRASIL, 2005), revelou-se que:

O art. 515, *caput*, do CPC, consagra o conhecido princípio "*tantum devolutum quantum appellatum*", ao prescrever que "a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada". Tal norma governa a determinação dos chamados limites horizontais do efeito devolutivo operado pela interposição do recurso, que se volta e limita exclusivamente aos capítulos do ato decisório impugnados pelo recorrente. A tais limites cinge-se a atividade cognitiva do tribunal ad quem, ao qual não é lícito pronunciar-se sobre os capítulos da sentença cuja cognição lhe não tenha sido expressamente devolvida por obra do recurso. Em termos práticos, o

interessado pode, ou não, no recurso, impugnar todos os capítulos da sentença, e, se os não impugna todos (recurso parcial), só os impugnados são devolvidos ou submetidos à cognição do órgão ad quem. É o alcance manifesto da regra.

O desenho do preceito *tantum devolutum quantum appellatum* visa certificar a implementação da segurança jurídica para os interessados, uma vez que afasta a possibilidade de que seja proferida decisão incongruente e com fundamentos desconexos das razões recursais.

### 3.17 Juiz natural

O juiz natural está delineado no inciso LIII do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988), no sentido de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, independente e imparcial. O propósito desse princípio é resguardar a autonomia e a imparcialidade da função jurisdicional previamente estruturada com as matérias litigiosas, uma vez que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (inciso XXXVII do art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988). Essa circunstância denota que “é vedado constituir um tribunal, posteriormente aos fatos, com a finalidade específica de julgar fatos ou pessoas determinadas”.

Os elementos essenciais do princípio do juiz natural são:

que a instituição dos órgãos jurisdicionais (juízos e tribunais) deve ser anterior ao fato motivado de sua atuação [...] que a competência dos órgãos seja determinada por regra geral [e] que a designação dos juízes seja feita com base em critérios gerais estabelecidos por lei ou procedimentos fixados em lei (ROCHA, 2005a, p. 46).

O regramento da distribuição de competências tem por finalidade “permitir que o processo seja visto como um espaço de análise de fatos a partir da racionalidade crítica”, superando o modelo inquisitivo (COSTA, F. V., 2020, p. 157-161).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4414/AL (BRASIL, 2013), explicitou-se que:

Permissão para qualquer juiz, alegando estar sofrendo ameaças, solicitar a atuação da Vara especializada. Vício formal, por invadir competência privativa da União para tratar de processo (art. 22, I, CRFB). Inconstitucionalidade material, por violar o princípio do Juiz Natural e a vedação de criação de Tribunais de exceção (art. 5º, LIII e

XXXVII, CRFB). – Atribuição, à Vara especializada, de competência para processar a execução penal. Inexistência de afronta à Carta Magna. Tema de organização judiciária (art. 125 CRFB). – Permissão legal para julgar casos urgentes não inseridos na competência da Vara especializada. Interpretação conforme à Constituição (art. 5º, XXXV, LIII, LIV, LXV, LXI e LXII, CRFB) [...] 21. O princípio do Juiz natural obsta “qualquer escolha do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas”, de modo a se afastar o “perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 545), devendo-se condicionar a nomeação do juiz substituto, nos casos de afastamento do titular, por designação do Presidente do Tribunal de Justiça, à observância de critérios impessoais, objetivos e apriorísticos. Doutrina (LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal – Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009. p. 65-66).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572/DF (BRASIL, 2021), restou esclarecido que:

E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “*dignidade da pessoa humana*” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do *devido processo legal*, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais.

Há “possibilidade de juízes convocados virem a integrar Tribunais na condição de substitutos de Desembargadores, sem que isso implique violação ao princípio do *Juiz natural*” (Agravamento Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1174976/SP) (BRASIL, 2019). “O princípio do juiz natural [...] veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, [e] impõe que as causas sejam processadas e julgadas por órgão jurisdicional previamente determinado, a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência” (*Habeas Corpus* nº 110925/SP) (BRASIL, 2012).

O preceito do juiz natural anteriormente institucionalizado aos fatos a serem examinados privilegia a segurança jurídica. A atividade judicante deve ser efetivada com independência e imparcialidade pelo Estado-juiz, com observância dos ditames da constitucionalidade democrática.

### 3.18 Segurança jurídica

A segurança jurídica está precisamente no inciso XXXVI do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988): “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, com privilégio “da estabilidade jurídica no exercício dos direitos reconhecidos seja no âmbito administrativo, legislativo ou jurisdicional” (COSTA, F. V., 2020, p. 161-167).

O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) (BRASIL, 1942), determina:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

No que se refere aos limites temporais e espaciais da vigência das normas, o direito adquirido entende-se por aquele “constituído por fato idôneo a produzi-lo”. Diferente é a expectativa de direito que é situação jurídica daquele que o tem “sob condição suspensiva, cuja eficácia depende, portanto, de evento futuro e incerto”. O ato jurídico perfeito é aquele que se “aperfeiçoou inteiramente, constituindo-se sob a regência da lei anterior”. A coisa julgada em sentido material encerra-se na “solução dada ao litígio pelo juiz [que] se torna imune a contestações juridicamente relevantes”. Entende-se por coisa soberanamente julgada a decisão definitiva contra a qual não cabe ação rescisória nos casos previstos em lei (TEPEDINO; OLIVA, 2020, p. 2712-2733). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) (BRASIL, 1942).

No aspecto processual, a segurança jurídica pode ser alcançada pela harmonia entre as decisões proferidas pela autoridade judicante e os princípios constitucionais (TEPEDINO; OLIVA, 2020, p. 2238-2245).

No Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 861595/MT (BRASIL, 2018), resolveu-se que:

1. O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, e sempre ponderando as particularidades de cada caso, já reconheceu a subsistência dos atos administrativos de provimento derivado de cargos públicos aperfeiçoados antes da pacificação da matéria neste Tribunal, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Precedentes. 2. O princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357/DF (BRASIL, 2014), preceituou-se:

Inconstitucionalidade da sistemática de compensação de débitos inscritos em precatórios em proveito exclusivo da fazenda pública. Embaraço à efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeito à coisa julgada material (CF, art. 5º XXXVI), ofensa à separação dos poderes (CF art. 2º) e ultraje à isonomia entre o estado e o particular (CF, art. 1º, caput, c/c art. 5º, caput). Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Violação ao direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Inadequação manifesta entre meios e fins. Inconstitucionalidade da utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios dos créditos inscritos em precatórios, quando oriundos de relações jurídico-tributárias. Discriminação arbitrária e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (CF, art. 5º, *caput*). Inconstitucionalidade do regime especial de pagamento.

Ofensa à cláusula constitucional do estado de direito (CF, art. 1º, *caput*), ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), ao postulado da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), à garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) e ao direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA (BRASIL, 2006), definiu-se que:

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula, que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF (BRASIL, 2012), adotou-se o seguinte ideário:

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual

hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade.

A segurança jurídica consubstancia-se no direito adquirido, no ato jurídico perfeito, na coisa julgada e na congruência existente entre os preceitos constitucionais e a prestação jurisdicional.

### **3.19 Celeridade processual**

A celeridade processual está descrita no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988) no sentido de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Trata-se da entrega da prestação jurisdicional pelo Estado-juiz de forma “menos morosa, menos dispendiosa, mais efetiva, que oportunize o julgamento de mérito da lide” no prazo lógico e adequadamente oportuno ao não perecimento do direito da parte. O desenvolvimento processual com dialogismo deve ser assegurado apropriadamente, com respeito à marcha legal da dialética alcançada pela garantia ao contraditório, ampla defesa e isonomia. Afastada está a adoção do tempo cronológico como paradigma técnico-processual da celeridade, que caracteriza inclusive os Juizados Especiais previstos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995) (COSTA, F. V., 2020, p. 167-171).

O STF declarou que “a realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por esta Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere” (*Habeas Corpus* nº 91408/MG) (BRASIL, 2007).

Nos Embargos Infringentes na Ação Rescisória nº 1244/MG (BRASIL, 2017), registrou-se:

Ressalte-se que a prestação jurisdicional firmou-se como um verdadeiro direito público subjetivo do cidadão na Constituição da República. Assim, o Poder Judiciário não é fonte de justiça segundo suas próprias razões, como se fosse um fim e a sociedade um meio. O Judiciário foi criado pela sociedade para fazer justiça, para que os cidadãos tenham convivência harmoniosa. Portanto, é dever do Judiciário dar a resposta buscada pelo cidadão no prazo razoável. A justiça humana se presta aos vivos e em prol da vida que se julga.

Há “possibilidade de concessão de *exequatur* de carta rogatória para fins de citação do agravante, por meio de decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça, em homenagem aos princípios da cooperação e da *celeridade*

*processual*” (Embargos de Divergência no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 634595/SP) (BRASIL, 2021). No “Juizado Especial [...] [o] princípio constitucional da ampla defesa [...] [tem] prevalência sobre os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (L. 9.099/95, art. 2º), que orientam os processos nos Juizados especiais” (*Habeas Corpus* nº 85208/MT) (BRASIL, 2005).

A celeridade processual deve contemplar concomitantemente a solução da lide no prazo legal, a garantia de que o direito não seja alcançado pela extinção e a justaposição dos valores constitucionais.

### **3.20 Economia processual**

A economia processual prevê “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 74). A conformidade entre o menor dispêndio e a maior eficiência é o objetivo que se almeja alcançar. A prestação jurisdicional deve se adequar “a uma vantajosa relação custo-benefício” [...] “na medida em que a providência desejada deve ser realizada da forma mais célere, menos custosa e com maior chance de sucesso” (PINHO, 2012, p. 106).

O ideário da economicidade dinâmica afasta qualquer procedimento de cunho desnecessário, inútil, procrastinatório e protelatório que crie embaraço ao desenvolvimento processual (COSTA, F. V., 2020, p. 171-174). A economia processual é inerente aos Juizados Especiais fixados na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995).

No Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 480/RJ (BRASIL, 2018), orientou-se o seguinte:

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da necessidade de subscrição da exordial por procurador devidamente amparado por poderes especiais para o questionamento do ato normativo. Nesse sentido, o ato de mandato deve conter descrição mínima do objeto digno de hostilização. Precedentes.
2. Admite-se a regularização processual do feito, contudo é próprio da economia processual deixar de intimar o Requerente para fazê-lo, quando se nota a carência da ação, que torna desnecessária a providência. Precedentes.
3. As confederações são legitimadas a valer-se de ações de controle objetivo somente nos casos em que o objeto da ação esteja especificamente ligado aos interesses próprios da categoria



profissional e econômica representada. No particular, o objeto impugnado extrapola os respectivos objetivos institucionais.

No Terceiro Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1069379/MG (BRASIL, 2018), revelou-se que:

1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência dos enunciados das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 3. A decisão do Superior Tribunal de Justiça que - em observância ao princípio da economia processual e da segurança jurídica, excepcionalmente aplicou as regras dos arts. 284 e 321 do Código de Processo Civil, facultando a emenda da inicial na instância especial, consideradas as particularidades do caso concreto - não possui aderência estrita com o paradigma da repercussão geral.

No "Juizado Especial [...] [o] princípio constitucional da ampla defesa [...] [tem] prevalência sobre os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (L. 9.099/95, art. 2º), que orientam os processos nos Juizados especiais" (*Habeas Corpus* nº 85208/MT) (BRASIL, 2005). "Havendo concorrência de pedidos [...] de instituições com deveres, interesses e poderes de representação [...] coincidentes, por razões de racionalidade e economia processual, defere-se o ingresso do postulante dotado de representatividade mais ampla" (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 808202/RS) (BRASIL, 2017).

A economia processual privilegia a sistematização dos atos na perspectiva da observação dos prazos legais e a adequada celeridade menos custosa com o compromisso de resguardar o direito do perecimento.

### **3.21 Efetividade processual**

A efetividade processual tem como desígnio a solução concreta do processo com primazia de mérito no prazo adequado que propicie o exercício do direito reconhecido oportunamente no plano da jurisdição, pois "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do art. 5º da CRFB) (BRASIL, 1988). Esse

princípio está vocacionado especificamente à conclusão lógica da tutela jurisdicional no plano material e concreto do direito objeto da pretensão resistida em juízo.

José Carlos Barbosa Moreira elenca as premissas essenciais da efetividade, a seguir identificadas:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias( MOREIRA, 1995, p. 197-208).

A autocomposição é um mecanismo que fomenta a efetividade processual, já que os jurisdicionados participam ativamente da elaboração do provimento jurisdicional com a intenção de resolver a lide. Entre os mecanismos de solução de litígios encontram-se a conciliação e a mediação, que estão previstas no art. 165 do CPC (BRASIL, 2015), e a arbitragem, constante na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996) (COSTA, F. V., 2020, p. 174-178).

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 839680/SC (BRASIL, 2016), decidiu-se:

4. O Supremo Tribunal Federal, HC nº 123.873/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 18/12/14, relativizou o princípio da identidade física e reputou legítima a possibilidade de se proferir sentença em regime de mutirão, ressaltando que, apenas diante das

peculiaridades do caso, em que a prova acusatória se resumia à palavra da vítima, fez prevalecer a competência do juiz que presidiu a instrução. 5. Na espécie, diversamente, o Tribunal de Justiça destacou que a condenação do recorrente se amparou em robusta prova documental e testemunhal, o que não justifica, na esteira do precedente citado, a prevalência da competência do juiz que presidiu a instrução sobre a do juiz designado para o regime de mutirão, com base em ato normativo local, que prestigia a celeridade e a efetividade processual.

No Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 555571/RS (BRASIL, 2011), deu-se a conhecer que:

A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado.

A efetividade processual trata concretamente da resolução do mérito da lide no lapso temporal previsto em lei que assegure ao litigante o exercício do bem da vida reconhecido na atividade judicante.

### **3.22 Informalidade**

A adoção de formas simples favorece a comprovação e o exercício do direito no contexto da prestação jurisdicional.

Ada Pellegrini Grinover diz que:

é inquestionável que o bom resultado do processo depende em grande parte da maneira pela qual o legislador regulamenta o procedimento. Evitar o culto das formas, como se constituíssem fim em si mesmo, e ater-se a critérios racionais nas exigências legais das formas, representa manifestação do princípio da instrumentalidade das formas” (GRINOVER, 1984, p. 144).

A mitigação normativa da rigidez das formas técnicas e procedimentais ordinárias privilegia o acesso à justiça e a simplicidade.

Fabício Veiga Costa defende que as premissas do princípio da informalidade são:

- a) evitar o tecnicismo exacerbado na procedimentalização dos atos processuais necessários ao julgamento da lide; b) utilizar uma linguagem clara na descrição das peculiaridades que permeiam a pretensão deduzida e dos pontos controversos da demanda; c) prevenir a confecção de normas que institucionalizem uma ritualística que estimulem a morosidade judicial e prática dos atos protelatórios, procrastinatórios e providências consideradas inúteis no processo (COSTA, F. V., 2020, p. 179).

O informalismo não se confunde com a falta de observância dos procedimentos legais, já que devem ser assegurados aos sujeitos o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia no contexto da hermenêutica principiológica constitucional. O procedimento não tem fim em si mesmo, haja vista que emerge com o escopo de legitimar "o exercício democrático da função jurisdicional". A informalidade é um traço distintivo dos Juizados Especiais determinado na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995) (COSTA, F. V., 2020, p. 178-179) (COSTA, F. V., 2020, p. 180-181).

Nos Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* nº 101132/MA (BRASIL, 2012), consta que:

4. O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: *un análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. In: "*Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*", nº 16, 2002).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1539/UF (BRASIL, 2013), orientou-se o seguinte:

1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem

assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça

Nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1068600/RN (BRASIL, 2020), destacou-se que:

4. Nestes autos, consta documento com manifestação inequívoca do Chefe do Poder Executivo, conferindo poderes específicos ao procurador para instaurar o processo de controle normativo abstrato de constitucionalidade, bem como para recorrer das decisões proferidas nos autos. 5. Recusar o Recurso Extraordinário neste contexto seria ceder a excessivo formalismo, o que não se admite, ainda mais se forem levados em conta os relevantes interesses em jogo no processo de controle concentrado de constitucionalidade. 6. Mesmo que assim não se entendesse, o Código de Processo Civil de 2015 traz uma nova perspectiva, voltada à primazia da resolução do mérito.

Orienta o “Juizado Especial [...] [o] princípio constitucional da ampla defesa [...] [que tem] prevalência sobre os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” (*Habeas Corpus* nº 85208/MT) (BRASIL, 2005).

O informalismo processual previsto em lei favorece o acesso à justiça e a função judicante dialógica e democrática.

### **3.23 Oralidade**

A oralidade tem como característica essencial o dialogismo entre os litigantes em proveito da adequada prestação jurisdicional. Está consubstanciada no regramento de que é incumbência do magistrado “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa” (inciso VIII do art. 139 do CPC) (BRASIL, 2015). A implementação desse princípio delimita-se a partir do regular desenvolvimento do processo de modo a afastar a celeridade injustificada (COSTA, F. V., 2020, p. 181-184).

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini lecionam que “com o princípio da oralidade busca-se um processo mais célere, concentrado em que o juiz possa decidir

baseando-se em um contato seu recente e direto com as provas colhidas no processo” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 84-85).

José Albuquerque Rocha deduz que são preceitos provenientes da oralidade: a identidade do juiz, a concentração da função judicante e a contiguidade do magistrado com todos os sujeitos do processo para fins de estabelecer uma relação dialógica em benefício da precisão examinável da realidade fático-probatória.

A oralidade é da índole dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) (BRASIL, 1995).

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 70432/SC (BRASIL, 2012) asseverou que “as decisões interlocutórias proferidas no rito sumaríssimo da Lei 9.099/95 são em regra irrecorríveis, em atenção ao princípio da oralidade e celeridade que o orientam”. No “Juizado Especial [...] [o] princípio constitucional da ampla defesa [...] [tem] prevalência sobre os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (L. 9.099/95, art. 2º), que orientam os processos nos Juizados especiais” (*Habeas Corpus* nº 85208/MT) (BRASIL, 2005).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4414/AL (BRASIL, 2013), especificou-se que:

21. O princípio do Juiz natural obsta “qualquer escolha do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas”, de modo a se afastar o “perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 545), devendo-se condicionar a nomeação do juiz substituto, nos casos de afastamento do titular, por designação do Presidente do Tribunal de Justiça, à observância de critérios impessoais, objetivos e apriorísticos. Doutrina (LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal – Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009. p. 65-66).

O princípio da oralidade consubstancia o fortalecimento da amplitude argumentativa e comprobatória com o propósito de revigorar a atividade judicante.

### 3.24 Simplicidade

A lide pode ser instaurada mediante procedimentos elementares, uma vez que o propósito que se almeja é a atividade jurisdicional com a adoção de formas não complexas nos termos da lei (COSTA, F. V., 2020, p. 184-187). A simplicidade contribui para assegurar o acesso à justiça (*Habeas Corpus* nº 85208/MT) (BRASIL, 2005).

É próprio do Juizado Especial (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) (BRASIL, 1995) o julgamento das matérias litigiosas “revestidas de simplicidade fática e jurídica” (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 835833/RS) (BRASIL, 2015), “com redução das formalidades e aceleração da marcha processual” (Recurso Extraordinário com Agravo nº 648629/RJ) (BRASIL, 2014).

A simplicidade viabiliza a garantia constitucional do acesso à justiça e o alcance das finalidades a que se propõem os atos processuais.

### **3.25 Disponibilidade**

A disponibilidade situa-se no âmbito da discricionariedade dos indivíduos, que é a liberdade configurada “pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir da ação), ou a certas situações processuais”, exceto na hipótese em que o bem da vida conflituoso seja irrenunciável (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 62). Rosemiro Pereira Leal reitera que se trata do “direito de alguém exercer ou não o que a lei coloca à sua disposição” (LEAL, 2009, p. 114).

A desistência da lide, da qual decorre um provimento jurisdicional terminativo caracterizado pela coisa julgada formal, aperfeiçoa-se pela “manifestação volitiva expressa, inequívoca e informal” do jurisdicionado de não mais prosseguir com seu direito de ação após a citação válida da parte adversa. Antes dessa providência, pode o autor exercer sua prerrogativa de renúncia, derivando assim uma decisão definitiva com resolução de mérito. Esse preceito alcança as fases postulatória e recursal (art. 998 e art. 999 do CPC) (BRASIL, 2015) (COSTA, F. V., 2020, p. 219-222).

Na Suspensão de Liminar nº 1100/SE (BRASIL, 2017), sinalizou-se que:

12. Quanto ao pedido de desistência deste incidente processual, constando na procuração outorgada ao advogado subscritor do requerimento poder especial para tanto [...], cabe ao juízo competente homologá-lo, pela disponibilidade processual das partes. Ao magistrado não cabe juízo de conveniência sobre o prosseguimento, ou não, do incidente, por se cuidar de objeto relativo a interesse da parte litigante. Cumpre enfatizar que os efeitos

da homologação estão restritos ao presente requerimento de suspensão, sem importar no reconhecimento de desinteresse ou inutilidade da tutela provisória de urgência cujos efeitos se buscava suspender, menos ainda da ação popular, circunstâncias que devem ser analisadas pelo juízo de origem se provocado para tanto.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 342263/MG (BRASIL, 2012), distinguiu-se que:

É certo ter, o demandante, relativa parcela de disponibilidade da demanda. Assiste-lhe a prerrogativa de revogá-la mediante o que se usa chamar desistência do processo [...]. Esse poder encerra-se, todavia, com o julgamento de mérito. A partir desse momento, a disciplina do conflito ditada pelo Poder de império estatal, no exercício da jurisdição, impõe-se sobre a esfera de disponibilidade processual das partes. O provimento de mérito pode, é óbvio, ser impugnado pelas vias previstas na lei, recursais ou autônomas. A parte vencedora pode abrir mão do cumprimento da sentença, e ambas, quando se trate de matéria disponível, entre maiores e capazes, podem até acordar e adotar solução diversa daquela revestida pela *res iudicata*. Mas não é lícito ao autor revogar provimento judicial definitivo por mero ato de vontade! Julgado o mérito da causa, pode o demandante desistir de recurso eventualmente interposto, mantendo intacta a decisão recorrida, mas não se lhe abre nem franqueia direito de desistir do processo, sobretudo quando lhe tenha sido desfavorável a decisão.

O princípio da disponibilidade reflete o democratismo em que a inafastabilidade da jurisdição se insere, dado o aspecto constitucionalista do processo e cabendo aos titulares de direito o exercício facultativo do acesso à justiça.

### **3.26 Taxatividade**

A taxatividade ocupa especial posição na sistemática normativa dos recursos apresentados com base no duplo grau de jurisdição que permeia o ordenamento jurídico pátrio. Cuida da legislação que elenca taxativamente as possibilidades de reexame das matérias litigiosas no tempo, no modo e no lugar em que podem ser opostas, bem como as consequências jurídicas da atuação dos sucumbentes, de acordo com o preceito da legalidade (COSTA, F. V., 2020, p. 222-223).

Fabício Veiga Costa define que essa



determinação legal existe como meio de proceduralizar o exercício do direito de recorrer, garantindo-se às partes interessadas segurança jurídica, efetividade processual e previsibilidade sobre como será exercido o direito conferido às partes de questionarem o conteúdo das decisões judiciais recorríveis (COSTA, F. V., 2020, p. 223).

Charley Teixeira Chaves destaca a especialidade, já que “é a lei que determina as formas de impugnação como recursos” (CHAVES, 2015, p. 27). No parâmetro recursal normativo, há que ressaltar que “considera-se litigante de má-fé aquele que [...] interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”, cuja conduta se insere no aspecto da boa-fé ou da lealdade no agir dentro do procedimento (inciso VII do art. 80 do CPC) (BRASIL, 2015). Em hipótese de não haver previsão normativa literal de peça devolutiva de realinhamento da questão litigiosa, o mandado de segurança é o instrumento constitucional supridor da lacuna a ser utilizado para este fim (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009) (BRASIL, 2009) (COSTA, F. V., 2020, p. 224-225).

“Inexiste, no ordenamento jurídico nacional, base a amparar pedido de reconsideração que não constitui, em face da taxatividade recursal, recurso. Não há, pois, como conhecê-lo, tampouco recebê-lo como agravo regimental” (Reconsideração na Reclamação nº 49697/SP) (BRASIL, 2021). “O recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em face de decisão em recurso ordinário em *habeas corpus* de trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça é incognoscível, mercê do princípio da taxatividade recursal” (Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 169682/RS) (BRASIL, 2020). “Evidenciado o erro grosseiro, sequer se permite a fungibilidade recursal” (Agravo Regimental na Petição nº 7518/RS) (BRASIL, 2018).

O princípio da taxatividade recursal tem a qualidade de ser dialogador com a legalidade, ambos sucedâneos da segurança jurídica. Ressalva-se o vazio legal em que o mandado de segurança pode ser impetrado para reavaliar os pontos controvertidos devolvidos pelo jurisdicionado que incorreu em sucumbência.

### **3.27 Dialética**

Um dos cernes do modelo constitucional do processo democrático manifesta-se na dialética que resguarda o equilíbrio da participação das partes na solução das questões litigiosas, que tem como fundamento de validade a premissa de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º da CRFB) (BRASIL, 1988).

Essa revitalização do protagonismo judicial vem “legitimar que os sujeitos do processo sejam coautores do provimento de mérito”, retirando da esfera discricionária do magistrado “a exclusividade do ato de decidir, compartilhando a construção” da prestação jurisdicional. O julgador está adstrito à análise vinculada de “todas as questões alegadas e debatidas pelas partes no momento de resolver o mérito” na esfera principiológica do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da segurança jurídica (COSTA, F. V., 2020, p. 227).

Charley Teixeira Chaves infere que a dialética “valoriza a discursividade e a delimitação da transferência da matéria que tenha sido alvo da impugnação pelo recurso”, permitindo revelação da contrariedade atinente “à decisão guerreada, com os motivos demonstrados” (CHAVES, 2015, p. 39-40).

O art. 1.010 do CPC (BRASIL, 2015) dispõe que “a exposição do fato e do direito” e “as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade” são elementos essenciais da peça de defesa apresentada em grau de recurso. Na esfera dialogal se sustenta o arcabouço propositivo constitucional demarcado pelo *tantum devolutum quantum appellatum* em privilégio da “exauriência argumentativa como mecanismo hábil a permitir isomericamente a participação dos interessados na construção dialógica dos fundamentos do provimento final de mérito” (COSTA, F. V., 2020, p. 228-230). O Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 191754/SE (BRASIL, 2020) determinou que a decisão “não enfrenta os fundamentos da decisão questionada”, de modo que o princípio da dialética foi ferido.

No Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 205448/SC (BRASIL, 2021), evidenciou-se que:

1. As instâncias de origem estão alinhadas com a orientação deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o “princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente o ônus de evidenciar os motivos de fato e de direito suficientes à reforma da decisão objurgada, trazendo à baila novas argumentações capazes de infirmar todos os fundamentos do decisum que se pretende modificar, sob pena de vê-lo mantido por seus próprios fundamentos” (ARE 681.888-AgR, Rel. Min. Luiz Fux).

No Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação nº 24786/GO (BRASIL, 2017), revelou-se que:

1. Conforme dispõe o Art. 1.021, § 1º, CPC, densificando o princípio da dialeticidade recursal, é ônus do recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. 2. No

presente caso o agravante não impugnou os fundamentos que lastrearam o indeferimento da petição inicial em razão do manifesto não cabimento da reclamação na hipótese, bem como a condenação do reclamante por ato atentatório à dignidade da justiça. 3. Agravo interno julgado improcedente em votação unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, com fixação de multa nos termos do art. 1.021, §4º, CPC.

O princípio da dialética determina que na fase recursal o jurisdicionado sucumbente deve apresentar as razões de fato e de direito refutatórias devolvidas para reexame consubstanciadas nas evidências dos pontos controvertidos.

### **3.28 Unirrecorribilidade**

A unirrecorribilidade é consectária do princípio da taxatividade, especificando que “para cada decisão hostilizada, existirá um recurso adequado, próprio e sucessivo” (art. 994 do CPC) (BRASIL, 2015) (CHAVES, 2015, p. 30). A singularidade recursal permanece incólume ainda no caso “de interposição conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça” e “concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado” (art. 1.031 do CPC) (BRASIL, 2015) (COSTA, F. V., 2020, p. 230-232).

No Recurso em Mandado de Segurança nº 25354/MG (BRASIL, 2008), regulou-se:

1. O sistema processual brasileiro adotou o princípio da unirrecorribilidade, segundo o qual cada decisão judicial pode desafiar um recurso. A interposição cumulativa de dois recursos contra a mesma decisão enseja o conhecimento apenas do primeiro protocolizado, com a conseqüente preclusão consumativa em relação ao segundo: precedentes. 2. É inviável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal quando inexiste dúvida objetiva a respeito de qual o recurso adequado. 3. A assentada jurisprudência do Supremo Tribunal é no sentido de que não cabe mandado de segurança contra decisões de órgãos fracionários.

“Segundo o princípio da unirrecorribilidade, é inadmissível a interposição simultânea de dois recursos contra a mesma decisão, salvo os casos previstos em lei” (Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1046773/SP) (BRASIL, 2019).

A unicidade recursal normatizada propaga a adequação de instrumentos específicos disponíveis para a parte impugnar a decisão passível de avaliação em sede de duplo grau de jurisdição.

### **3.29 Imparcialidade do juízo**

A atividade desempenhada pelo Estado-juiz reside na imparcialidade manifestada pelo imperativo legal de que a prestação jurisdicional seja fundamentada no livre convencimento justificado e equidistante. A decisão procede do modelo dialético e isonômico, que é inerente ao sistema constitucional democrático do processo. Fundada na hermenêutica principiológica, a persuasão racional consubstancia-se na análise delimitada ao acervo fático-probatório produzido pelos jurisdicionados a partir de critério lógico e objetivo. O impedimento e a suspeição devem ser alegados pelo magistrado (arts. 144-148 do CPC) (BRASIL, 2015) (COSTA, F. V., 2020, p. 232-240).

No *Habeas Corpus* nº 98006/SP (BRASIL, 2010), afirmou-se que:

Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido.

No *Habeas Corpus* nº 95009/SP (BRASIL, 2008), identificou-se que:

A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.

A imparcialidade do juízo encontra respaldo na metodologia constitucional do processo, na qual a aferição das evidências sucede mediante a dialética democrática com as partes a fim de solucionar a lide.

### **3.30 Inquisitivo**

Na formulação autocrática do processo, prevalece o aspecto inquisitorial. A investigação da verdade dos fatos ocorre de forma sigilosa, ausente a imposição de oferecimento às partes da oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa. Verifica-se, na atuação de ofício do juiz diversa das possibilidades normativas, que a postura ativa e o protagonismo no procedimento afastam a isonomia republicana, o garantismo constitucional participativo e a extensão argumentativa adequada (COSTA, F. V., 2020, p. 240-243).

No *Habeas Corpus* nº 186490/SC (BRASIL, 2020), restou ponderado que no “sistema inquisitivo, na doutrina, costuma-se elencar: concentração das funções de acusar e julgar, juiz ativo e inquisidor, inexistência de contraditório, segredo, escrito, prisão do acusado durante o processo [...] e a busca da verdade real”. “Quando o titular da ação penal pública manifesta-se pela absolvição do denunciado, tem-se como afastada a pretensão acusatória, surgindo impróprio o juiz condenar de ofício, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo” (Ação Penal nº 908/SP) (BRASIL, 2017).

A sumariação dialógica e o papel de destaque do magistrado em detrimento da principiologia constitucional caracterizam o sistema inquisitivo na solução das matérias conflituosas.

### **3.31 Duração razoável do processo**

A duração razoável do processo está detalhada no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988), no sentido de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, pois “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, devendo cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito efetiva (arts. 4º e 6º do CPC) (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, Alexandre de Moraes explicita que os “processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões” (MORAES, 2019, p 3740-3744). E Moacyr Amaral Santos ensina que conforme “o princípio da brevidade, o processo deve desenvolver-se e encerrar-se no menor prazo possível sem prejuízo do princípio da veracidade” (SANTOS, 2007a, p. 306).

A imposição da ordem dialética e democrática estabelece que as formulações normativas devem ser observadas adequadamente, rompendo com a mera contagem do tempo cronológico. Esse preceito tem como requisitos a “postura colaborativa das partes”, o privilégio “da resolução do conflito de interesses num prazo que não venha causar perecimento do direito pretendido”, a sanção nos casos de “litigância de má-fé” e de “ato atentatório à dignidade da justiça” e o favorecimento da concatenação lógica institucional. Essencial é evitar o “tempo morto do processo” que ocorre pela paralisação imprópria do processo e a falta do regular impulso oficial (COSTA, F. V., 2020, p. 243-249).

“A razoável duração do processo [...] deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso” (*Habeas Corpus* nº 95045/RJ) (BRASIL, 2008). Assegurada está “a razoável duração do processo judicial e administrativo [inclusive] nas Cortes Internacionais [que] adotam três parâmetros: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias” (Inquérito nº 4419/DF) (BRASIL, 2018).

No Recurso Extraordinário nº 433512/SP (BRASIL, 2009), sinalizou-se que:

1. A interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação. A práxis social é, nesse sentido, elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. 2. Em recente pronunciamento, no julgamento do HC n. 94.916 [Sessão de 30.9.08], esta Corte afirmou que situações de exceção não ficam à margem do ordenamento, sendo por este capturadas, de modo que a preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras. 3. No presente caso, as regras de competência (art. 109, I da Constituição do Brasil), cuja última razão se encontra na distribuição do exercício da Jurisdição, segundo alguns critérios, aos órgãos do Poder Judiciário, não podem prevalecer quarenta e três anos após a propositura da ação. Assim há de ser em virtude da efetiva entrega da prestação jurisdicional, que já se deu, e à luz da garantia constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição do Brasil).

No Habeas *Corpus* nº 105437/SP (BRASIL, 2012), destacou-se que:

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

A duração razoável do processo institui o ajuste operacional, demonstrando a subsunção da atuação do juiz às normas procedimentais consistente com a dialética democrática prevalente na axiologia dos direitos fundamentais.

### **3.32 Instrumentalidade das formas**

A instrumentalidade das formas é a tônica processual, porque o ato praticado com as solenidades legais alcança sua finalidade precípua nos quesitos existência, validade e eficácia. “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial” (art. 188 do CPC) (BRASIL, 2015).

Em se verificando o vício, pode haver mitigação da soberania da formalidade conforme defende Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que esse preceito “afasta a decretação de nulidades relativas quando os atos ditos anuláveis sejam suscetíveis de recuperação ou aproveitamento”, desde que haja provocação dos litigantes (LEAL, 2009, p. 115). A nulidade absoluta alcança o ato, por ser o vício “insuprível pela razão de a lei determinar o seu não aproveitamento” (LEAL, 2009, p. 116).

Fabício Veiga Costa adverte que esse preceito

guarda relação direta com os princípios da celeridade processual e primazia de mérito, pois objetiva pontualmente a adequada realização do direito material pretendido, relativizando a técnica procedimental que institui formalidades legais para a prática dos atos processuais (COSTA, F. V., 2020, p. 249-250).

Nos Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* nº 101132/MA (BRASIL, 2012), estabeleceu-se que:

1. A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 2. “A forma, se imposta rigidamente, sem dúvidas conduz ao perigo do arbítrio das leis, nos moldes do velho brocardo *dura lex, sed lex*” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 76). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado.

Nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 703269/MG (BRASIL, 2015), sobressaiu-se que:

2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual



com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo formal injustificado

A observância da forma tem o desígnio de atingir o seu propósito para o correto andamento procedimental.

### 3.33 Inércia

A inércia está prevista no art. 2º do CPC (BRASIL, 2015) no sentido de que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Rosemiro Pereira Leal argui que “o requisito da inércia não veda o necessário impulso que, uma vez instaurado o procedimento pela parte, o juiz deve conferir ao andamento dos autos” (LEAL, 2009, p. 118) e a prevalência mediata da “própria finalidade da jurisdição do restabelecimento da ordem jurídica violada” (ROCHA, 2005a, p. 82).

Com base na inafastabilidade da jurisdição, a atividade judicante é substitutiva, já que a atuação do Estado-juiz acontece após provocação, devendo afastar do julgado a sua discricionariedade e inovação no pedido da parte, a saber, com ampliação (*ultra petita*), diferente (*extra petita*) ou aquém (*citra petita*), ressalvadas as hipóteses legais de conhecimento de ofício de matérias de ordem pública, tais como: “chamar o feito à ordem”, “determinar, de forma racional fundamentada, a produção de provas” e definir “a distribuição dinâmica do ônus de provar os fatos alegados” em benefício da isonomia processual (COSTA, F. V., 2020, p. 250-256).

Na Ação Cautelar nº 112/RN, p. 09 (BRASIL, 2005), assegurou-se:

E tal regra é consectário lógico e direto do princípio da demanda, ou da inércia judicial, adotado em nosso sistema e, segundo o qual, só à parte incumbe provocar a atividade jurisdicional, definindo, por meio de pedido ou pedidos, os contornos da tutela que reclame ao Estado-juiz. É, aliás, o que preceituam às claras os arts. 2º e 262 do CPC cujas normas figuram aplicação do princípio, que sói ser expresso nas máximas “*nemo iudex sine adore*” e “*ne procedat iudex ex officio*”. Essa a razão normativa por que não pode ir a sentença para além da pretensão expressamente formulada pelo autor (arts. 128 e 460 do CPC), até porque, doutro modo, estaria comprometida a imparcialidade do juiz, como alertava LIEBMAN [...]. E o que, ao propósito, vale em primeiro grau de jurisdição, pelas mesmíssimas e boas razões também vale em sede de recurso: o poder de cognição do órgão ad quem está sempre adstrito, *ex vi legis*, aos capítulos da

sentença submetidos ao seu conhecimento pelo recorrente (art. 515, caput, do CPC).

Fica vedado ao Estado-juiz, “em ofensa ao princípio da demanda e da inércia da jurisdição, ampliar oficiosamente o espectro do pedido de declaração de inconstitucionalidade” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5086/DF) (BRASIL, 2021). “A ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria configura vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade” (Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3954/SC) (BRASIL, 2020).

A inércia contempla a noção de que o magistrado atua na prestação jurisdicional, desde que previamente impelido pelo titular do direito.

### **3.34 Impulso oficial**

A atuação do Estado-juiz encontra guarida na legislação de regência conforme a taxatividade das hipóteses possíveis. Fabrício Veiga Costa diz que, mediante o impulso oficial, o magistrado “assume o dever de conduzir e zelar pela regularidade da marcha procedimental, oportunizando-se a todas as partes iguais possibilidades de alegações e produção de prova, condições essenciais à formação participada do mérito processual” (COSTA, F. V., 2020, p. 256).

Moacyr Amaral Santos certifica que “instaurada a relação processual, predomina o interesse público do Estado de desenvolvê-la, para no mais breve prazo dar-se por concluída a função jurisdicional com a composição da lide” (SANTOS, 2008b, p. 76). Dessa premissa sinalizada no art. 2º do CPC (BRASIL, 2015) decorre que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. A responsabilidade pelo regular desenvolvimento processual é função do magistrado até que a pretensão resistida em juízo seja extenuada (COSTA, F. V., 2020, p. 257-258).

“O trâmite processual se dá por impulso oficial” (Recurso Extraordinário com Agravo nº 1318283/PE) (BRASIL, 2021) (*Habeas Corpus* nº 163894/CE) (BRASIL, 2018).

O impulso oficial determina que cabe ao juiz agir de forma autônoma nos casos previstos em lei, após o aperfeiçoamento da relação jurídico-processual, até que se esgote inteiramente a atividade judicante.

## **4. Considerações Finais**

A natureza jurídica principiológica constitucional decorre da formação do Estado Democrático de Direito, pilar da fixação da supremacia da lei e das limitações do poder

político. Esses preceitos axiológicos são mandamentos de otimização que inexoravelmente vinculam a aplicação das normas que a eles se conectam. Os direitos fundamentais formam um rol de dispositivos prevalentes de valores protegidos da sociedade. Imutáveis por natureza, não podem ser objeto de deliberação legislativa tendente a aboli-los.

Em conformidade com o autor José Alfredo de Oliveira Baracho, o jurista Sérgio Henrique Zandona Freitas defende que o direito constitucional processual está consubstanciado na "obrigação consagrada no poder-dever do Estado, que, por este motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade", mediante os primados, entre outros, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, todos orientadores do processo, administrativo ou judicial, com a finalidade de concatenar logicamente todos esses institutos, formando um todo coerente.

Os direitos fundamentais previstos na CRFB irradiam valores para todo o ordenamento jurídico pátrio, que em alguma medida serve-lhes de baliza. O primado da dignidade da pessoa humana é o fundamento republicano que se traduz em ideia-símbolo distintiva que baliza a interpretação dos direitos fundamentais a seguir discriminados. "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A isonomia processual confere equanimidade de condições e oportunidades às partes na participação nas discussões e na produção de provas de suas alegações sobre as questões conflituosas. A defesa técnica é atribuída ao advogado, que é "indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

A inafastabilidade da jurisdição traduz-se na premissa de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé" ou com lealdade processual. "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

"As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade", ressalvados os sigilos impostos por lei. "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

O duplo grau de jurisdição está presente no ordenamento jurídico pátrio aprimorado a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais que viabiliza o reexame das matérias litigiosas devolvidas. A proibição da *reformatio in pejus* origina-se da oposição de recurso pela parte sucumbente contra decisão emitida pelo juízo *a quo* que veda que o juízo *ad quem* delibere de modo a agravar a solução do litígio.

O *tantum devolutum quantum appellatum* consagra a congruência da decisão com os pontos controvertidos apontados na peça recursal desfavoráveis ao litigante devolvidos para nova análise em sede do juízo *ad quem*. “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, independente e imparcial, já que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A economia processual prevê “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”. A efetividade processual tem por finalidade resolver concretamente a lide com primazia de mérito no prazo adequado, privilegiando que o jurisdicionado exerça oportunamente o direito reconhecido na decisão.

A informalidade fomenta o uso de formas singelas e o acesso à justiça sem prejuízo da implementação dos direitos fundamentais. A oralidade intensifica o dialogismo entre os litigantes em proveito da prestação jurisdicional apropriada. A lide pode ser instaurada mediante procedimentos elementares, uma vez que o propósito que se almeja é a atividade jurisdicional com a adoção de formas singelas nos termos da lei. A disponibilidade traduz-se no “direito de alguém exercer ou não o que a lei coloca à sua disposição”.

A taxatividade recursal trata das possibilidades normativas de reexame dos pontos controvertidos. A dialética assegura a participação equânime das partes na solução das questões litigiosas. A unirrecorribilidade revela que “para cada decisão hostilizada, existirá um recurso adequado, próprio e sucessivo”. A imparcialidade do juízo manifesta-se na decisão fundamentada no livre convencimento justificado e equidistante. No sistema inquisitivo, a investigação da verdade dos fatos ocorre de forma sigilosa. A duração razoável do processo preconiza que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

A instrumentalidade das formas preceitua que “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

A adequação aos avanços civilizatórios na dimensão da proibição do retrocesso social, o aperfeiçoamento dos critérios dogmáticos e a assimilação das potências diretivas principiológicas constitucionais concorrem para a construção de relações processuais seguras e previsíveis construídas no âmbito da dialética e da democracia essenciais à prestação jurisdicional desenvolvida pelo Estado-juiz.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso de. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Kindle

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br> > 2010/12. Acesso em: 20 jan. 2022

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de dezembro de 1942. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm). Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm). Acesso em 14 fev. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp132.htm). Acesso em 14 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em 14 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** 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 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 81138/GO. Ministro Relator: Bilac Pinto, Primeira Turma. Julgamento em 02 de setembro de 1975. Publicação em 31 de outubro de 1975. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur53930/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Mandado de Segurança nº 22164/SP. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 30 de outubro de 1995. Publicação em 17 de novembro de 1995. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 216257/SP. Ministro Relator: Marco Aurélio, Segunda Turma. Julgamento em 15 de setembro de 1998. Publicação em 11 de dezembro de 1998. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur29342/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 75552/RJ. Ministro Relator: Sydney Sanches, Primeira Turma. Julgamento em 18 de novembro de 1997. Publicação

em 18 de junho de 1999. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109862/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 80031/RS. Ministro Relator: Maurício Corrêa, Segunda Turma. Julgamento em 16 de maio de 2000. Publicação em 14 de dezembro de 2001. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100742/false>. Acesso em: Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 153/UF. Ministro Relator: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Julgamento em 24 de abril de 2003. Publicação em 05 de dezembro de 2003. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur14010/false>. Acesso em: Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 359444/RJ. Ministro Relator: Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Julgamento em 24 de março de 2004. Publicação em 28 de maio de 2004. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97066/false>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 196554/RO. Ministro Relator: Eros Grau, Primeira Turma. Julgamento em 26 de abril de 2005. Publicação em 13 de maio de 2005. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94328/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cautelar nº 112/RN. Ministro Relator: César Peluso, Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de dezembro de 2004. Publicação em 04 de fevereiro de 2005. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95028/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 85208/MT. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgamento em 17 de maio de 2005. Publicação em 03 de junho de 2005. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94689/false>. Acesso em: Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA. Ministro Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento em 07 de dezembro de 2005. Publicação em 27 de outubro de 2006. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92470/false>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 89176/PR. Ministro Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma. Julgamento em 28 de agosto de 2006. Publicação em 22 de setembro de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91700/false>. Acesso em: Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024/DF. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. Julgamento em 03 de maio de 2007. Publicação em 22 de junho de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89658/false>. Acesso em: Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 91408/MG. Ministro Relator: Eros Grau, Segunda Turma. Julgamento em 14 de agosto de 2007. Publicação em 26 de outubro de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90120/false>. Acesso em: Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 95045/RJ. Ministra Relatora: Ellen Gracie, Segunda Turma. Julgamento em 09 de setembro de 2008. Publicação em 26 de setembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87799/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 26163/DF. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. Julgamento em 24 de abril de 2008. Publicação em 05 de setembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2860/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso no Mandado de Segurança nº 25354/MG. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. Julgamento em 20 de novembro de 2007. Publicação em 03 de outubro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2165/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo em Medida Cautela na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 172/RJ. Ministro Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento em 10 de junho de 2009. Publicação em 21 de agosto de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur164486/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 435256/RJ. Ministro Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma. Julgamento em 26 de maio de 2009. Publicação



em 21 de agosto de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur164865/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 461490/GO. Ministra Relatora: Ellen Gracie, Segunda Turma. Julgamento em 23 de junho de 2009. Publicação em 07 de agosto de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur162715/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601832/SP. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Julgamento em 17 de março de 2009. Publicação em 03 de abril de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88004/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Ação Ordinária nº 1531/RS. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. Julgamento em 03 de junho de 2009. Publicação em 01 de julho de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur41/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173/DF. Ministro Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno. Julgamento em 25 de setembro de 2008. Publicação em 20 de março de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur1243/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 433512/SP. Ministro Relator: Eros Grau, Segunda Turma. Julgamento em 26 de maio de 2009. Publicação em 07 de agosto de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur163300/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 747611/SP. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Primeira Turma. Julgamento em 15 de outubro de 2009. Publicação em 13 de novembro de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169331/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 25936/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de junho de 2007. Publicação em 18 de setembro de 2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur166420/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em *Habeas Corpus* nº 97473/DF. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Primeira Turma. Julgamento em 11 de novembro de 2009.

Publicação em 18 de dezembro de 2009. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171572/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 583937/RJ. Ministro Relator: César Peluzo, Tribunal Pleno. Julgamento em 19 de novembro de 2009. Publicação em 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1282/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Petição nº 4556/DF. Ministro Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgamento em 25 de junho de 2009. Publicação em 21 de agosto de 2009. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur164825/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Ministro Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgamento em 29 de abril de 2010. Publicação em 06 de agosto de 2010. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180280/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 98006/SP. Ministro Relator: Carlos Britto, Primeira Turma. Julgamento em 24 de novembro de 2009. Publicação em 05 de fevereiro de 2010. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur172195/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 94384/RS. Ministro Relator: Dias Toffoli, Primeira Turma. Julgamento em 02 de março de 2010. Publicação em 26 de março de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur175008/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE. Ministro Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento em 23 de junho de 2010. Publicação em 13 de agosto de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1662/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 98237/SP. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 15 de dezembro de 2009. Publicação em 06 de agosto de 2010. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180477/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 103311/PR. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Turma. Julgamento em 16 de junho de 2011. Publicação em 29 de junho de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur194360/false>. Acesso em: Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 555571/RS. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de setembro de 2011. Publicação em 08 de novembro de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur201141/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554/MG. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 16 de agosto de 2011. Publicação em 26 de agosto de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206717/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 2893/PI. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento em 22 de junho de 2011. Publicação em 29 de março de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. Julgamento em 24 de junho de 2009. Publicação em 04 de junho de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210078/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 101132/MA. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Turma. Julgamento em 24 de abril de 2012. Publicação em 22 de maio de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur209559/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 342263/MG. Ministro Relator: Cezar Peluso, Decisão Monocrática. Julgamento em 29 de junho de 2012. Publicação em 01 de agosto de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho273576/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 704232/SC. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Turma. Julgamento em 24 de novembro de 2012. Publicação em 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur221974/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 110925/SP. Ministro Relator: Dias Toffoli, Primeira Turma. Julgamento em 10 de abril de 2012. Publicação em 11 de abril de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur209124/false>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 662816/BA. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Turma. Julgamento em 28 de fevereiro de 2012. Publicação em 27 de março de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206628/false>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 105437. Ministro Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 30 de outubro de 2012. Publicação em 21 de março de 2013. Disponível em : <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho314124/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 740912. Ministro Relator: Dias Toffoli. Decisão Monocrática. Julgamento em 01 de fevereiro de 2013. Publicação em 08 de fevereiro de 2013. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur226736/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4414/AL. Ministro Relator: Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em 31 de maio de 2012. Publicação em 17 de junho de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur233656/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação nº 4335/AC. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 20 de março de 2014. Publicação em 22 de outubro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 664961/RJ. Ministro Relator: Dias Toffoli. Decisão Monocrática. Julgamento em 28 de março de 2014. Publicação em 01 de abril de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2120/AM. Ministro Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 16 de outubro de 2008. Publicação em 30 de outubro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282419/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo nº 648629/RJ. Ministro Relator: Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em 24 de abril de 2013. Publicação em 08 de abril de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur260332/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 401472/SE. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 11 de março de 2014. Publicação em 09 de abril de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur260469/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 28517/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento em 25 de março de 2014. Publicação em 02 de maio de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur262600/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração em Ação Cível Originária nº 312/BA. Ministro Relator: Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em 07 de outubro de 2015. Publicação em 04 de novembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur327341/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo nº 835833/RS. Ministro Relator: Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgamento em 19 de março de 2015. Publicação em 26 de março de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7221/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência nos embargos de Declaração nos Embargos de Declaração nos Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 703269/MG. Ministro Relator: Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em 05 de março de 2015. Publicação em 08 de março de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur303386/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 839680/SC. Ministro Relator: Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento em 02 de setembro de 2016. Publicação em 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur356943/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo STF nº 849. PSV: proposta de cancelamento de súmula vinculante. Publicação em 02 de dezembro de 2016. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo849.htm>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos Infringentes na Ação Rescisória nº 1244/MG. Ministro Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento em 22 de setembro de 2016. Publicação em 30 de março de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365454/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Liminar nº 1100/SE. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Decisão Monocrática. Julgamento em 16 de junho de 2017. Publicação em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho760568/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação nº 24786/GO. Ministro Relator: Edson Fachin. Primeira Turma. Julgamento em 17 de fevereiro de 2017. Publicação em 10 de março de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364044/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 976178/PR. Ministro Relator: Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento em 09 de dezembro de 2016. Publicação em 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363236/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 808202/RS. Ministro Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento em 09 de junho de 2017. Publicação em 30 de junho de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370235/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Penal nº 908/SP. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 08 de novembro de 2016. Publicação em 24 de abril de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366487/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Inquérito nº 4419/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em 11 de setembro de 2018. Publicação em 23 de novembro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur395010/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 163894/CE. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. Julgamento em 26 de outubro de 2018.

Publicação em 31 de outubro de 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho921860/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 861595/MT. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 27 de abril de 2018. Publicação em 22 de maio de 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur385389/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 480/RJ. Ministro Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de abril de 2018. Publicação em 24 de abril de 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383906/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Petição nº 7518/RS. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Julgamento em 25 de maio de 2018. Publicação em 12 de junho de 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur386372/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Terceiro em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1069379/MG. Ministro Relator: Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento em 17 de setembro de 2018. Publicação em 17 de outubro de 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392794/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 640905/SP. Ministro Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de dezembro de 2016. Publicação em 01 de fevereiro de 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379423/false>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5394/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 22 de março de 2018. Publicação em 18 de fevereiro de 2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur398459/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2160/DF. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de agosto de 2018. Publicação em 18 de fevereiro de 2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur398554/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Preceito Fundamental nº 444/DF.

Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 14 de junho de 2018.

Publicação em 22 de maio de 2019. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404263/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 18 de junho de 2019. Publicação em 06 de agosto de 2019. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407938/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6039/RJ. Ministro Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de março de 2019. Publicação em 01 de agosto de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407564/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo regimental no *Habeas Corpus* nº 133493/DF. Ministra Relatora: Rosa Weber. Primeira Turma. Julgamento em 30 de agosto de 2019. Publicação em 12 de setembro de 2019. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410528/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 173222/MS. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 18 de outubro de 2019. Publicação em 30 de outubro de 2019. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414108/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1046773/SP. Ministro Relator: Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento em 31 de maio de 2019. Publicação em 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur405907/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Preceito Fundamental nº 129/DF. Ministro Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 05 de novembro de 2019. Publicação em 09 de dezembro de 2019. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416563/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 36670/DF. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgamento em 15 de maio de 2020. Publicação em 22 de maio de 2020. Disponível em:  
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425083/false>. Acesso em 04 fev. 2022.



BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental na Ação Cível Ordinária nº 683/CE. Ministro Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18 de dezembro de 2019. Publicação em 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419347/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus nº 175690/SP. Ministra Relatora: Rosa Weber. Decisão Monocrática. Julgamento em 16 de abril de 2020. Publicação em 23 de abril de 2020. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1101318/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4729/DF. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em 29 de maio de 2020. Publicação em 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426463/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 186490/SC. Ministro Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento em 10 de outubro de 2020. Publicação em 22 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434618/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 185787/RS. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Segunda Turma. Julgamento em 15 de setembro de 2020. Publicação em 18 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436442/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 164959/SC. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em 29 de maio de 2020. Publicação em 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426122/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus/RS. Ministro Relator: Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento em 03 de abril de 2020. Publicação em 12 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423393/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Rescisória nº 2640/DF. Ministro Relator: Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em 15 de abril de 2020. Publicação em 30 de abril de 2020. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423025/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 191754/SE. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em 30 de novembro de 2020. Publicação em 03 de dezembro de 2020.

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437598/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1116949/PR. Ministro Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 18 de agosto de 2020. Publicação em 02 de outubro de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432909/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1068600/RN. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 04 de junho de 2020. Publicação em 12 de novembro de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436270/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3954/PI. Ministro Relator: Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento em 27 de março de 2020. Publicação em 15 de outubro de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426819/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Refendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6347/DF. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento em 30 de abril de 2020. Publicação em 14 de agosto de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429368/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário com Agravo nº 1288451/GO. Ministro Relator: Luiz Fux. Decisão Monocrática. Julgamento em 07 de outubro de 2020. Publicação em 08 de outubro de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1141532/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Preceito Fundamental nº 509/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 16 de setembro de 2020. Publicação em 05 de outubro de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433102/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Preceito Fundamental nº 572/DF. Ministro Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 18 de junho de 2020. Publicação em 07 de maio de 2021. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436475/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo Segunda em Tutela Provisória Incidental na Arguição de Preceito Fundamental nº 754/DF. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de março de 2021. Publicação em 13 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441917/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1038507/PR. Ministro Relator: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento em 21 de dezembro de 2020. Publicação em 15 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442163/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 195109/SP. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em 31 de maio de 2021. Publicação em 07 de junho de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447935/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Reclamação nº 46278/DF. Ministra Relatora: Rosa Weber. Primeira Turma. Julgamento em 03 de agosto de 2021. Publicação em 17 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451053/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Divergência no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 634595/SP. Ministro Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 08 de março de 2021. Publicação em 20 de abril de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur444599/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1340289/SP. Ministro Relator: Luiz Fux. Decisão Monocrática. Julgamento em 18 de agosto de 2021. Publicação em 19 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1228772/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Reclamação nº 36391/GO. Ministro Relator: Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgamento em 04 de maio de 2021. Publicação em 18 de outubro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur454620/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 179066/RJ. Ministra Relatora: Rosa Weber. Primeira Turma. Julgamento

em 08 de fevereiro de 2021. Publicação em 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440376/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reconsideração na Reclamação nº 179066/RJ. Ministra Relatora: Rosa Weber. Primeira Turma. Julgamento em 08 de fevereiro de 2021. Publicação em 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440376/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 205448/SC. Ministro Relator: Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 06 de dezembro de 2021. Publicação em 13 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur457406/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5086/DF. Ministro Relator: Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento em 08 de junho de 2021. Publicação em 24 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451297/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1318283/PE. Ministro Relator: Luiz Fux. Decisão Monocrática. Julgamento em 27 de abril de 2021. Publicação em 30 de abril de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1194470/false>. Acesso em 04 fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 5. Julgamento em 07 de maio de 2008. Publicação em 16 de maio de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 04 fev. 2022.

BERNARDES. Bruno Paiva. **Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica**. Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, 2019. Disponível em: [https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/590/bruno\\_bernardes\\_mes\\_dir\\_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/590/bruno_bernardes_mes_dir_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 04 fev. 2022.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006b.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1 v.

CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**. Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/22151/0>. Acesso em 31 jan. 2022

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição**. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015a. 1 v.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: direito constitucional positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017b. 2 v.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

CHAVES, Charley Teixeira. **Recurso: um direito constitucional democrático**. Belo Horizonte: Arres, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes do processo civil no estado democrático de direito: ensaios de uma teoria geral do processo civil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário constituição e código tributário nacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Kindle.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 2 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DAHAS, Eduardo Augusto Gonçalves. **Os procedimentos sumário e sumaríssimo no direito processual do trabalho**: Uma necessária releitura crítica à luz da teoria do processo constitucional no estado democrático de direito. Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, 2016. Disponível em:

[https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/764/eduardo\\_dahas\\_mes\\_dir\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/764/eduardo_dahas_mes_dir_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 04 fev. 2022.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Teoria constitucional esquematizada em quadros**. Brasília: Alumnus, 2015. Kindle.

FANTONI, Wagner Facundo. **O dever de autenticidade diante da banalidade do mal e a superação do paradoxo do mentiroso nazista**. Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, 2017. Disponível em: [https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/653/wagner\\_fantoni\\_mes\\_dir\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/653/wagner_fantoni_mes_dir_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 04 fev. 2022.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no direito processual civil. Meritum. Belo Horizonte: FUMEC, v. 3, nº 2, p. 3359, jul./dez. 2008a. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/858>. Acesso em 21 jan. 2022.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológica constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 211 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014b. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_FreitasSHZ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf). Acesso em: 31 jan. 2022.

GALEGO, Felipe. **A estabilidade da tutela antecipada e o modelo constitucional do processo**. Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, 2019. Disponível em: [https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/595/felipe\\_galego\\_mes\\_dir\\_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/595/felipe_galego_mes_dir_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 04 fev. 2022.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito teoria geral do direito**: didática diferenciada. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2020. Kindle.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Coleção Esquematizado. Kindle.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Aportaciones de hector fix-zamudio al derecho procesal constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, año X, núm. 30, septiembre-diciembre, 1977. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084744.pdf>. Acesso em 21 jan. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, nº 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/915>. Acesso em 21 jan. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro, Ano IX, nº 7, 1º Semestre de 1995. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>. Acesso em 14 fev. 2022.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental da ciência jurídica. **Lex Humana**. Petrópolis, nº 1. 2009. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/download/3/3/5>. Acesso em: 21 jan. 2022.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo**. Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Adriano da Silva. **A reconstrução da distribuição do ônus da prova no processo administrativo sob a ótica dos princípios constitucionais do processo.** Dissertação (Mestrado) - Universidade FUMEC, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, 2020. Disponível em: [https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/752/adriano\\_ribeiro\\_mes\\_dir\\_2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://repositorio.fumec.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/752/adriano_ribeiro_mes_dir_2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y). Acesso em 04 fev. 2022.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005a.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos - IBDH.** São Paulo. nº 2, 2001b. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>. Acesso em: 21 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Kindle.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a. v.1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil. teoria geral do direito civil.** Rio de Janeiro: Forense. 2020. v 1. Kindle.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil. teoria geral do processo.** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



## **TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES SOB A ÓTICA DA DOUTRINA MODERNA E DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE**

### **MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA:**

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJ/AM, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI, Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS em parceria com a Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE-RS.

**RESUMO:** Os direitos fundamentais compõem a base de um estado democrático de direito, garantindo aos cidadãos o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, e estão explícitos ou implícitos na Constituição Federal, em Tratados Internacionais e no ordenamento jurídico como um todo. Tais garantias fundamentais vêm evoluindo ao longo do tempo, e foram reconhecidas por meio de muitos conflitos, guerras e revoluções, como a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Em que pese a magnitude desses direitos, deve-se destacar que nenhum direito fundamental é absoluto, na medida em que pode ser relativizado para se fazer sobressair o direito mais relevante no caso concreto. Uma das técnicas utilizadas para realizar o sopesamento de direitos conflitantes e aferir o verdadeiro significado de justiça em determinada situação é a técnica da ponderação, em que se analisa o grau de importância dos direitos envolvidos com base na razoabilidade e proporcionalidade e se privilegia um direito em relação a outro. Ocorre que essas restrições a direitos fundamentais possuem limites a serem respeitados, existindo um núcleo essencial intangível, o qual não pode sofrer limitação arbitrária por parte do legislador ou aplicador do direito. Nesse sentido, a presente obra recorre à pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que realiza uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites às restrições de direitos fundamentais, baseando-se na Teoria dos Limites dos Limites, desenvolvida pelo direito alemão (“Schranken-Schranken”), a qual aduz a necessidade de se delimitar e proteger a essencialidade de um direito fundamental e evitar que ocorra o seu total desvirtuamento ou anulação. Este trabalho traz

a posição dos principais doutrinadores constitucionalistas e faz uma exposição de decisões de tribunais que se utilizaram da supramencionada teoria para fundamentar seus julgados, visando demonstrar como se dá a aplicação prática da Teoria dos Limites dos Limites diante de cenários de colisão de direitos fundamentais em situações de crise.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Limites dos Limites. Restrições. Razoabilidade. Proporcionalidade. Núcleo Essencial.

**ABSTRACT:** Fundamental rights form the basis of a democratic rule of law, guaranteeing citizens the right to life, equality, freedom, dignity of the human person, and are explicit or implicit in the Federal Constitution, in International Treaties and in the legal system such as one all. Such fundamental guarantees evolve over time, and were recognized through conflicts, wars and revolutions, such as the French Revolution and the American Revolution. Despite the magnitude of these rights, it should be noted that no fundamental right is absolute, as it can be put into perspective to highlight the most relevant right in the specific case. One of the techniques used to weigh conflicting rights and assess the true meaning of justice in a given situation is the weighing technique, in which the degree of importance of the rights involved is analyzed based on reasonableness and proportionality and a right in relation to another. It so happens that these restrictions to fundamental rights have limits to be respected, existing an essential intangible core, which cannot be arbitrarily limited by the legislator or enforcer of the law. In this sense, the present work resorts to bibliographical and documentary research, as it performs a doctrinal and jurisprudential analysis about the limits to the restrictions of fundamental rights, based on the Limits of Limits Theory, developed by German law ("Schranken-Schranken"), which alludes to the need to delimit and protect the essentiality of a fundamental right and prevent its total distortion or nullification. This work presents the position of the main constitutionalist scholars and presents court decisions that used the aforementioned theory to substantiate their judgments, in order to demonstrate how the practical application of the Limits of Limits Theory takes place in the face of collision scenarios of fundamental rights in crisis situations.

**Keywords:** Fundamental Rights. Limits of Limits. Restrictions. Reasonableness. Proportionality. Essential Core.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Teoria dos limites dos limites. 2.1 Limites dos direitos fundamentais no sentido próprio: os limites externos e internos. 3. Teoria dos limites dos limites: conteúdo essencial de direitos humanos. 4.Princípio da proporcionalidade. 5.

Princípio da razoabilidade. 6. Teoria dos limites dos limites na jurisprudência. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil é densa e extensa - somente o Artigo 5º, focado nos direitos baseados na liberdade, contém 78 incisos - e incorpora muitas das novidades que entrariam posteriormente nas declarações constitucionais de direitos latino-americanas nas décadas seguintes. A maioria dos direitos são encontrados no Título II ("Direitos e garantias fundamentais"), que lista os direitos civis, políticos e sociais, mas no Título VIII ("Ordem social"), existem disposições adicionais que afetam o mesmo ou outros direitos - como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos dos povos indígenas, idosos ou direitos culturais. A maioria dos incisos de direitos são razoavelmente detalhadas e incluem instruções às autoridades públicas destinadas a garantir uma ação real em busca de uma transformação real. As disposições relacionadas com a igualdade, por exemplo, incluem uma linguagem específica que exige ação, apontando assim para um modelo de igualdade substantiva, com uma preocupação particular com raça e gênero; os direitos trabalhistas tradicionais e outros direitos sociais são generosamente listados; as disposições sobre meio ambiente, nos diversos incisos do art. 225, estabelecem a lista consequente de atribuições governamentais; As disposições sobre os direitos das comunidades indígenas também são importantes e inauguraram um ciclo regional que encontra continuidade em disposições muito robustas em outras Constituições<sup>260</sup>.

A Constituição de 1988 inclui também um dispositivo segundo a qual "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (Art. 5º, §2º). Além de ecoar a tradição norte-americana de garantir direitos não enumerados, esse dispositivo tem sido fundamental para alinhar o Brasil a um fenômeno que já perpassa o constitucionalismo latino-americano: a abertura às fontes internacionais de direitos, em particular o sistema interamericano. Embora no início o Supremo Tribunal Federal (STF) não tenha considerado a redação deste artigo como um motivo para mudar sua visão sobre a posição hierárquica dos tratados, após uma emenda de 2004 declarou que os tratados aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em

---

260 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13-4.

dois turnos, por três quintos dos votos, seriam equivalentes a emendas constitucionais, porém o Tribunal acabou esclarecendo a situação que hoje prevalece: os tratados posteriores a 2004 gozariam de status constitucional (se aprovados pelo procedimento qualificado) e os anteriores a 2004 teriam caráter supralegal<sup>261</sup>.

A declaração de direitos brasileira inclui, em suma, generosas declarações de direitos. Traz disposições abertas às normas internacionais de direitos humanos que permitem o tipo de interação integrativa de proteção que a Corte Interamericana de Direitos Humanos está promovendo com tanta energia na região. Algumas Constituições evidenciam preocupação com a eficácia, embora no Brasil a declaração seja mais transparente e mais coerente internamente do que em muitos países, onde em qualquer caso a presença de noções jurídicas de última geração pode potencializar o impacto substantivo<sup>262</sup>.

A constituição brasileira estabelece um sistema multifacetado de revisão judicial. Seu primeiro componente é a revisão abstrata, ao estilo kelseniano, com presença no país a partir de 1946, operando no momento por meio de quatro canais distintos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A segunda dimensão do sistema é a revisão descentralizada ou difusa, que existe desde 1890, quando foi criado o judiciário da Primeira República, seguindo os parâmetros norte-americanos. Qualquer juiz brasileiro pode anular uma lei se acreditar que ela viola a constituição. Esses canais são imprescindíveis para a garantia de todos os conteúdos constitucionais, entre eles os direitos fundamentais. Ainda assim, a Constituição de 1988 inclui também diversos mandados - que podem ser impetrados perante qualquer juiz - que oferecem proteção específica ante as violações de direitos: o mandado de segurança, o mandado de injunção, o "habeas corpus", o "habeas data" e a ação popular. A Constituição considera também o que denomina "funções essenciais à justiça", que

---

261 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 29.

262 PEREIRA, J. R. G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 37.

incluem o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública<sup>263</sup>.

Diante disto, surge a seguinte problemática: De que forma a Teoria dos Limites dos Limites, derivada do direito alemão ("Schranken-Schranken"), interfere na limitação às restrições de direitos fundamentais?

Para alguns doutrinadores<sup>264,265,266</sup> a ideia de direitos fundamentais também supõe que existem certas maneiras pelas quais qualquer ser humano tem o direito de ser tratado ou não. Uma vez que os direitos fundamentais são direitos que temos simplesmente pelo fato de sermos humanos, pode-se dizer que eles existem antes do governo e, portanto, devem ser defendidos pelo governo. Eles não são meramente direitos legais, porque direitos legais são aqueles direitos que os próprios governos criam. Fernandes<sup>267</sup> tem afirmado sistematicamente que, como tais, os direitos fundamentais são valiosos porque estabelecem uma estrutura de proteção, ao mesmo tempo que deixam às pessoas um amplo espaço para conduzir suas vidas como bem entenderem. Eles não são apenas outro modo de vida, concepção do bem ou doutrina abrangente, mas, em vez disso, estabelecem os limites do que o governo pode ou não pode fazer.

No entanto, mesmo quando se está convencido do valor da linguagem dos direitos em captar a importância fundamental dos limites do poder do Estado sobre os indivíduos, permanecem muitos problemas para compreender suas implicações e significados. Os papéis abordam quatro questões importantes relacionadas com o valor e os limites dos direitos: quão logicamente nosso entendimento dos direitos se relaciona com várias concepções do bem; até que ponto a prática dos direitos pode ser neutra entre as diferentes concepções do bem; até que ponto os direitos estão associados à "estrutura

---

263 VASCONCELLOS, M.; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009, p. 53.

264 FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015, p. 43.

265 LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 19 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

266 BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33.

267 FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. –9. Ed.rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 45-7.

básica" da sociedade, envolvendo uma separação nítida entre as questões políticas constitucionais e cotidianas; e até que ponto os direitos conferem um viés individualista ao nosso pensamento<sup>268</sup>.

O trabalho justifica-se em razão de mostrar que os direitos fundamentais não são apenas outro modo de vida, mas são independentes ou descontínuos com as divergências que pretendem regular. Uma teoria dos direitos fundamentais não é uma teoria de primeira ordem que diz às pessoas como viver, mas uma teoria de segunda ordem que diz às pessoas o que fazer quando diferentes modos de vida entrarem em conflito, como acontecerá inevitavelmente em qualquer sociedade pluralista moderna. Mais especificamente, os direitos fundamentais regulam o conflito ao distribuir liberdade: quando os modos de vida entram em conflito, os direitos fundamentais nos dizem quem deve ser livre para fazer o quê. Obviamente, se os direitos distribuem a liberdade, eles próprios devem ser o produto de uma regra de distribuição da liberdade, e o objetivo dessa regra é gerar direitos que estejam fora e acima dos conflitos que esses direitos devem regular. Desse modo, procura-se mostrar como um programa de descontinuidade precisa de um programa de liberdade negativa entendida de uma maneira particular. Uma questão importante na teoria dos direitos é se a universalidade, à qual se esforça a explicação descontínua dos direitos, requer compromisso com uma concepção negativa de liberdade na forma fisicalista.

O objetivo geral do presente trabalho é demonstrar a importância de se limitar o campo de restrições aos direitos fundamentais, especialmente nas bases doutrinárias e jurisprudenciais do país, uma vez que o progresso apresentado hoje pelo direito constitucional é resultado, especialmente, da consolidação dos direitos fundamentais como núcleo essencial da proteção da dignidade da pessoa humana e da interpretação de que a Constituição é o local apropriado para positivar as normas garantidoras dessas pretensões.

Para atingir aos objetivos propostos, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, que buscou em artigos, livros e doutrinas materiais para sustentar a temática ora exposta. Recorreu-se também à pesquisa documental, uma vez que um trabalho na área jurídica não pode ser bem fundamentado sem que se apresente leis e jurisprudências.

---

268 CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 51.

## 2 TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES

As leis que interferem com os direitos e liberdades fundamentais às vezes são consideradas necessárias. O mero fato de interferência raramente será motivo suficiente de crítica. Por um lado, direitos importantes frequentemente entram em conflito uns com os outros, de modo que alguns devem necessariamente ceder, pelo menos parcialmente, a outros. A liberdade de movimento, por exemplo, não dá a uma pessoa acesso ilimitado à propriedade privada de outra, e os apenados geralmente precisam perder sua liberdade para proteger a vida e a liberdade de outras pessoas. Os direitos e liberdades individuais às vezes também entram em conflito com um interesse público mais amplo - como saúde, segurança pública ou segurança nacional<sup>269</sup>.

Assim, é amplamente reconhecido que existem limites razoáveis até mesmo para os direitos fundamentais. Apenas um punhado de direitos - como o direito de não ser torturado - são considerados por alguns autores como absolutos. A limitação de direitos é reconhecida pela *common law*. Na verdade, algumas leis que limitam os direitos tradicionais podem ser tão tradicionais quanto os próprios direitos - embora esses 'limites' possam definir o escopo dos direitos<sup>270</sup>. Isso também se reflete nas disposições de limitações em várias declarações de direitos em outras jurisdições e em pactos internacionais de direitos humanos e diretrizes relacionadas, como os "Princípios Siracusa sobre as Disposições de Limitação e Derrogação no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos".

No entanto, muito do valor de chamar algo de direito será perdido se o direito for facilmente qualificado ou diluído. Muitos dos princípios tradicionais foram desenvolvidos cuidadosamente por longos períodos de tempo e foram aplicados paulatinamente. Em muitas jurisdições, esses direitos e princípios são considerados tão fundamentalmente importantes que têm status constitucional. Quando uma lei infringe um direito ou princípio tradicional, as invasões devem ser justificadas.

Antes de se aprofundar na Teoria dos Limites dos Limites desenvolvida pelo direito alemão ("Schranken-Schranken"), que trata da limitação às restrições de direitos

---

269 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

270 MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

fundamentais, é necessário tratar inicialmente da legitimidade das restrições a esses direitos.

## **2.1 LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SENTIDO PRÓPRIO: OS LIMITES EXTERNOS E INTERNOS**

Esta limitação no sentido próprio tem um caráter externo, contingente e constitutivo. A característica central e definidora refere-se ao fato de serem restrições para cuja determinação a Constituição confere poderes a um Poder público, geralmente o legislador. Portanto, são limites externos, uma vez que não advêm da coexistência de direitos fundamentais nem são expressamente determinados pela própria Constituição. Isso concede esse poder a um poder constituído<sup>271</sup>.

Os limites externos são contingentes e, por outro lado, sua criação é constitutiva. No entanto, é preciso considerar que o Poder público constitui o limite em si mesmo, não se limitando apenas à sua realização. A projeção do limite externo sobre o objeto do direito fundamental também é uma questão importante; a potencialidade de fixação do limite não especificado determina que este não exista, de modo que a expectativa de conduta eventualmente afetada por aquele limite goza da proteção do direito fundamental. Por outro lado, deve estar associado ao princípio da reserva legal, na medida em que, em geral, essas possibilidades de fixação de limites externos pelo constituinte só podem ser realizadas dentro de certas diretrizes que a própria norma constitucional estabelece, pois é justamente isso que estabelecerá um critério objetivo para o controle da constitucionalidade da criação dessa limitação<sup>272</sup>.

Dado que os limites externos são contingentes e constitutivos, o controle da sua constitucionalidade verifica uma intensidade e âmbito diferentes daquele para o controle da constitucionalidade dos limites internos. Parece que o legislador tem maiores possibilidades quando se trata de fixar limites de natureza externa do que quando delimita direito fundamental especificando seus limites internos. Isso se deve ao fato de que, ao interpretar a disposição da lei fundamental para determinar seus limites internos, especifica a norma fundamental sem ter a chance de avançar além da própria norma instituída. Ou

---

271 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

272 GALDINO, F. **Introdução à Teoria do Custo dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 54.



seja, o legislador, ao efetivar os limites internos, está diretamente ligado às determinações abstratas do direito em questão, uma vez que a Constituição não lhe permite determinar o que ela mesma não indica. Porém, quando o legislador cria limites externos, está usando autorização que a própria Constituição lhe concedeu para restringir sem parâmetros preestabelecidos, ou seja, a própria autorização está dando ao legislador a possibilidade de decidir sobre algo que não está propriamente na Constituição. Este “interpreta” que é precisamente o legislador quem decide quais os bens ou interesses jurídicos que estarão presentes na restrição do direito fundamental. Isso sem prejuízo de que o legislador continuará vinculado à determinação abstrata que o direito fundamental confere à sua afirmação constitucional, pelo conteúdo essencial que é invulnerável. Desse modo, entende-se que os limites externos também são limitados pelo conteúdo essencial do direito, uma vez que isso implica o cerne da indisponibilidade de todos os direitos fundamentais<sup>273</sup>.

Estas limitações assim assinaladas não significam de forma alguma que o legislador possa basear este limite externo na garantia genérica de um “interesse público” ou “geral”. No momento da criação de um limite externo, deve ser exigida uma não contradição com a definição constitucional de um tipo abstrato de direito fundamental e não uma compatibilidade e conformidade com a lei fundamental. O legislador é livre para estabelecer limites externos a um direito fundamental somente quando a Constituição expressamente o permitir. Não há possibilidade de estabelecer limites implícitos aos direitos fundamentais quando não se verifica a existência de uma cláusula constitucional que expressamente habilite o legislador a determinar restrições aos direitos fundamentais, quer se trate de uma cláusula de alcance geral ou que afete apenas um determinado direito fundamental<sup>274</sup>.

Há colisão entre princípios, quando em um caso específico duas ou mais disposições legais são relevantes, as quais sustentam *base prima facie* duas normas incompatíveis entre si, e que podem ser propostas como soluções para o caso. Há um choque de princípios, por exemplo, quando os pais de uma menina, professora de culto evangélico, e por respeito aos mandamentos desta doutrina religiosa, se recusam a levá-la ao hospital,

---

273 MAFRA, F. **Direitos e Garantias Fundamentais**: um conceito. *Âmbito Jurídico*, 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-e-garantias-fundamentais-um-conceito/>. Acesso em: 05 mai. 2021.

274 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

apesar de haver perigo de morte. Se remetermos este caso ao direito constitucional brasileiro, observaremos que a liberdade de culto e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, fundamentam um princípio que a maior extensão possível permite que os pais decidam se, de acordo com suas crenças, devem ou não levar seus filhos ao hospital. Contudo, esse princípio esbarra nos princípios do direito à vida e à saúde da menina, estabelecidos na Constituição, que objetivam resguardar a vida e a saúde das crianças o máximo possível. A incompatibilidade normativa surge, neste caso, porque, segue-se que é permitida *prima facie* aos pais da menina, para decidirem se a levam ou não ao hospital, enquanto se conclui que levar a menina ao hospital é uma conduta ordenada *prima facie* pelos direitos fundamentais.

Pensada desta forma, essa posição pode ser comparada - como às vezes já foi feito - com a ideia de "deveres *prima facie*". Este conceito, que pretendia desafiar a concepção kantiana segundo a qual os deveres não são apresentados ao mesmo tempo (que até influenciou Kelsen até 1960), aparece pela primeira vez em *O Direito e o Bem*, 1930.

Eu sugiro 'dever *prima facie*' ou 'dever condicional' como uma forma breve de se referir à característica (muito diferente de ser um dever propriamente dito) que um ato tem em virtude de ser de um certo tipo (por exemplo, manutenção de uma promessa), de ser um ato que poderia ser um dever próprio, se não fosse ao mesmo tempo de outro tipo moralmente significativo. Se um ato é um dever próprio ou um dever real depende de *todos* os tipos moralmente significativos dos quais esse ato é uma instância<sup>275</sup>.

No caso específico da teoria em exame, a ideia de certos direitos *prima facie* - nascidos de uma primeira limitação - seria uma versão invertida, mas correspondendo à dos deveres *prima facie*. A concepção de Ross foi acusada de incoerência. Mas, deixando de lado essa questão específica, as coincidências entre uma abordagem e outra - entre a de Ross e a dos defensores da teoria dos limites externos - não parecem insignificantes. Se assim for, poder-se-ia dizer - sob a hipótese de correlação<sup>276</sup> - que todo direito *prima facie* corresponde a um dever *prima facie*. Claro, estes, dependendo do caso, não poderiam

275 ROSS, W. D. **The Right and the Good** (1930). Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 19-20.

276 MALDONADO, M. **Direitos fundamentais. Um estudo conceitual**. Santiago do Chile: Olejnik, 2018, p. 91.

ser revelados no final como deveres ou direitos "verdadeiros" (tais como deveres ou direitos "próprios"), dependendo se as condições ou instâncias que devem ser constituídas para tais qualificação são cumpridos. ("*Prima facie*", diz Ross, sugere que estamos apenas falando sobre a aparência que uma situação moral apresenta à primeira vista, e que pode se tornar ilusória; enquanto estou falando sobre um fato objetivo que está envolvido na natureza da situação, ou mais estritamente num elemento da sua natureza, ainda que não decorra de *toda a* sua natureza, como o faz efetivamente<sup>277</sup>).

A razão para chamar direitos *prima facie* reside no pressuposto de que eles correspondem a tantas "posições *prima facie*" das pessoas em relação a tais direitos. As "posições *prima facie*", em Alexy<sup>278</sup>, são caracterizadas pela oposição às "posições definitivas": uma posição *prima facie*, ao contrário de uma definitiva, não expressa um status mais ou menos imóvel do titular de um direito, mas sim fundamenta "em princípio". Se é sempre possível determinar ou não essas "posições" é uma questão que não parece interessar muito à teoria, que neste caso prossegue às apalpadelas). Mesmo assim, o certo *prima facie* é apenas o primeiro momento da teoria dos limites externos. O que "constitui" um direito em si é a *delimitação*, que nada mais é do que o momento da restrição *legítima* de um direito fundamental: o momento em que um direito *prima facie* se torna um direito já *delimitado* (um direito *tout court*). Alexy esclarece, em todo caso, que a relação entre direitos e restrições que essa teoria defende, não sendo *necessária* do ponto de vista conceitual, é dada por uma "necessidade externa" aos próprios direitos: conciliar os direitos das diferentes pessoas, bem como os direitos individuais e os bens coletivos.

A teoria dos limites *internos* sustenta que, por sua própria função, fins e natureza, os direitos têm fronteiras *imanescentes*, de modo que o que está fora delas também está fora do direito "corretamente" concebido. Nesse sentido, os limites são delineados internamente e entende-se que são anteriores, inerentes e inerentes aos direitos. Assim, parece que falar sobre restrições é, sem mais delongas, incorreto. Se os direitos são vistos a partir da teoria

---

277 ROSS, W. D. **The Right and the Good** (1930). Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 25.

278 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

dos limites externos, existem "restrições legítimas"; se forem vistos a partir da teoria dos limites internos, existem (*a priori*) "delimitações internas"<sup>279</sup>.

Uma das fórmulas propostas no quadro da argumentação ius fundamentalista consiste em estabelecer limites externos aos direitos. Os direitos são formulados, então, sempre como limitados por algum limite configurado de forma aberta: os direitos dos outros, o bem-estar geral, a ordem pública ... Não há nada que se oponha à formulação geral, que reflète a natureza limitada do que se quer dizer; Mas essas fórmulas não resolvem um problema hermenêutico, que se transfere para fixar os limites de maneira geral ou específica<sup>280</sup>.

Com a "fixação desses limites", a teoria dos limites internos trata de responder que os direitos, na realidade, não são limitados: não há nada a limitar porque já estão delimitados desde o início. (Correspondem - diria Alexy - a "posições definitivas"<sup>281</sup>). Ainda assim, os defensores dessa visão sustentam que os direitos não são ilimitados, pois devem ser concebidos "na sua coexistência", de modo que as fronteiras de uns se estabelecem necessariamente de acordo (em harmonia) com as de outros. Embora pareça um jogo de palavras, a teoria defende precisamente isto: não é que os direitos sejam ilimitados, mas também não são *stricto sensu*, na medida em que correspondem a um determinado âmbito já dado, estabelecido pelas suas condições de justiça a atingir os "limites" (imanes) dos direitos.. Área relacionada a um modo de ser derivado do "modo de ser do ser humano". (Assim, esta é uma posição de lei natural). Com isso, o trabalho dos operadores jurídicos, desse ponto de vista, é *praticamente* reduzido<sup>282</sup>.

Em relação a essa teoria, há uma advertência: não é necessário que uma teoria dos limites internos abrace o ideal da lei natural. Bastaria abraçar, por exemplo, um ideal garantista, ou assumir uma posição exegética do ideal constitucionalista ou do ideal

---

279 MAFRA, F. **Direitos e Garantias Fundamentais**: um conceito. Âmbito Jurídico, 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-e-garantias-fundamentais-um-conceito/>. Acesso em: 05 mai. 2021.

280 ROSS, W. D. **The Right and the Good** (1930). Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 32.

281 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

282 MALDONADO, M. **Direitos fundamentais. Um estudo conceitual**. Santiago do Chile: Olejnik, 2018, p. 95.

democrático. (Em alguns desses casos, a teoria dos limites internos seria, no entanto, atenuada). Esta versão pode ser ilustrada, em geral, assim:

De acordo com a teoria interna [...] os direitos fundamentais têm apenas um conteúdo definitivo fixado de antemão, ou pré-formado [...] O conteúdo do direito é de tipo relativamente reduzido, que é garantido desde o início pelas disposições constitucionais, e que ele já levou em consideração seus limites externos. Deste ponto de vista, as restrições aos direitos fundamentais não são necessárias; Isso nem é possível, na medida em que o direito parece estar restrito desde o início. A expressão "direito fundamental restrito" torna-se então uma simples redundância ou uma alusão a uma simples impossibilidade jurídica: uma redundância porque todo direito fundamental já pressupõe suas restrições; ou uma alusão a uma impossibilidade legal, porque se assim for, nenhum direito fundamental poderia ser restringido, visto que é impossível esvaziar um direito fundamental de uma parte do conteúdo que não lhe pertence<sup>283</sup>.

Com efeito, como um discurso ideal assumido pelas democracias constitucionais contemporâneas, o discurso dos direitos fundamentais é apresentado como se correspondesse a um estado de coisas completamente harmonioso. Consequentemente, as constituições contemporâneas falam - assim como a antiga declaração de direitos - em termos de direitos "inalienáveis", "invioláveis", "irredutíveis" e assim por diante. A ideia básica é que os limites dos direitos, na estrutura dos sistemas jurídicos modernos, obedecem a certas condições que os impedem de colidir entre si. Isso ocorreria pela coincidência de dois fenômenos: a forma democrática de governo e o desenho institucional do constitucionalismo.

### **3 TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES: CONTEÚDO ESSENCIAL DE DIREITOS HUMANOS**

Dentre todos os limites impostos ao poder do Estado, o mais eficaz é considerado o reconhecimento jurídico de certas áreas de autodeterminação individual nas quais o Leviatã não se pode penetrar. Essas esferas privadas, nas quais os detentores do poder

---

283 PULIDO, C. **Uma defesa da forma de constituição jurídica do neoconstitucionalismo**. Pro manuscrito, 2015, p. 9.

estão livres da intervenção do Estado, coincidem com o que há trezentos anos se chama os direitos do homem ou as liberdades fundamentais. Essas garantias fundamentais são o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional, regendo como princípios superiores do ordenamento jurídico positivo. Em sua totalidade, essas liberdades fundamentais personificam a dignidade do homem<sup>284</sup>.

Os limites devem, por sua vez, ter limites. Ou seja, deve haver um núcleo de indisponibilidade para o legislador. Surge, portanto, a busca de um equilíbrio essencial entre o direito fundamental e seus limites. Isto é viável através da utilização de várias técnicas: a do chamado "conteúdo essencial" dos direitos fundamentais, a do Princípio da Proporcionalidade, a da ponderação/sopesamento. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o último bastião que constitui a substância do direito, dissolvido que (ainda que apenas em alguns de seus elementos) o direito deixa de ser aquilo a que se refere a Norma Fundamental<sup>285</sup>.

Desta forma, para a especificação do conteúdo essencial é possível avançar em duas direções diferentes que devem ser utilizadas em conjunto, desde que se verifiquem como complementares. Assim, um primeiro caminho será representado pela relação entre a linguagem e as ideias e convicções generalizadas geralmente aceitas entre os juristas. A partir desta determinação, será então possível compreender por conteúdo essencial o tipo abstrato de direito conceitualmente preexistente no momento legislativo e, nesse sentido, pode-se falar de uma reconhecibilidade deste tipo abstrato no regulamento concreto. Portanto, o conteúdo essencial de um direito subjetivo constitui os poderes ou possibilidades de ação necessários para que o direito seja reconhecível como pertencente ao tipo descrito e sem o qual deixa de pertencer a esse tipo e deve ser incluído em outro. O segundo caminho refere-se à noção de interesses legalmente protegidos.

Desse modo, o conteúdo essencial dos direitos e das liberdades é aquela parte do conteúdo do direito que é absolutamente necessária para que exista o interesse legalmente protegível, necessária para dar vida ao direito para que seja real, concreto e efetivamente protegido. Isso implica que o conteúdo essencial é aquela parte do conteúdo

---

284 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

285 SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 51.

de um direito sem o qual ele perde sua peculiaridade, ou seja, que o torna reconhecível como um direito pertencente a um certo tipo<sup>286</sup>.

A expressão mínimo existencial representa uma ideia do mínimo dos direitos fundamentais que são essenciais para a vida humana, como por exemplo, o direito à saúde e à alimentação. No entanto, é imprescindível analisar a expressão com cuidado, em virtude de que a ausência de muitos direitos fundamentais pode acabar não sendo abarcada pela concepção de mínimo existencial. Com isso, a falta desses pode levar a uma vida sem o mínimo de dignidade, fato que é incompatível com a natureza humana e com o Estado Democrático de Direito Brasileiro que concebe o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos pilares do ordenamento jurídico. Nesse sentido, há de haver um cuidado para não confundir mínimo existencial com mínimo vital<sup>287</sup>.

Segundo Ismail Filho<sup>288</sup>:

De fato, o mínimo existencial não trata apenas de garantir ao ser humano um "mínimo vital", mas um mínimo de qualidade vida, o qual lhe permita viver com dignidade, tendo a oportunidade de exercer a sua liberdade no plano individual (perante si mesmo) e social (perante a comunidade onde se encontra inserido) (p. 01).

Assim, verifica-se que o mínimo existencial possui uma relação com a dignidade humana e com o próprio Estado Democrático de Direito, no comprometimento que este deve ter pela concretização da ideia de justiça social.

Um instituto importante a ser destacado é a reserva do possível, visto que com o crescimento expressivo dos direitos fundamentais, a escassez de recursos estatais também aumentou com a mesma velocidade. Assim, a reserva do possível limita a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais. No entanto, mesmo quando

---

286 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

287 GONÇALVES, P. H. **O mínimo existencial e a reserva do possível**: Breves apontamentos. (2020). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87320/o-minimo-existencial-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em: 22 ago. 2021.

288 ISMAIL FILHO, S. **Mínimo existencial**: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana. (2016). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana> Acesso em: 22 ago. 2021.

se levanta o referido instituto no caso concreto, nas ocasiões em que o Estado se defronta com um direito fundamental que possui respaldo do mínimo existencial, este deverá ser respeitado<sup>289</sup>. Nesse sentido, ainda que haja a redução do campo de aplicação de um direito fundamental, o seu núcleo, o mínimo existencial, deve ser preservado, sob pena de violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A noção de conteúdo essencial não é imutável, mas um conceito eminentemente histórico, sujeito às transformações sociais. Esta parece ser a única forma possível de evitar a estagnação ou petrificação do nosso sistema jurídico, pois o conteúdo essencial procura assegurar o vínculo positivo do legislador com os direitos fundamentais, de forma que apenas estabeleça limites nos estritos termos que a Constituição estabelece. Se a limitação determinada ao direito fundamental gera afetação em seu conteúdo essencial, o que está realizando não é uma limitação, mas uma supressão ou privação de seu titular<sup>290</sup>.

Os dois caminhos propostos para tentar definir o que se entende por "conteúdo essencial" de um direito subjetivo não são alternativos, e menos ainda antitéticos, mas, pelo contrário, podem ser considerados complementares<sup>291</sup>. Em última instância, o conteúdo essencial de um direito fundamental será o resultado de sua delimitação, devendo ser respeitado pelo legislador tanto na hora de regulamentar o exercício de direito fundamental quanto na hora de desenvolvê-lo.

Não se pode esquecer que os limites a um direito fundamental fazem parte do seu conteúdo essencial, o que implica que são apenas aqueles que estão expressamente previstos na Constituição ou decorrem da coexistência do direito com outras disposições normativas que tenham a mesma posição constitucional. Se a pretensão do legislador fosse fixar limites não previstos na Constituição, estaria violando o conteúdo essencial do direito fundamental. É nesse sentido que o conteúdo essencial opera como um "limite para os limites".

---

289 GONÇALVES, P. H. **O mínimo existencial e a reserva do possível**: Breves apontamentos. (2020). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87320/o-minimo-existencial-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em: 22 ago. 2021.

290 FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed.rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 82.

291 LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 19 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.



Outrossim, destaca-se a existência de duas teorias acerca da limitação às limitações de direitos: Teoria Relativa e Teoria Absoluta. A primeira estabelece que a limitação aos limites se dá pela razoabilidade da restrição imposta ao direito fundamental, ou seja, a limitação deve ser razoável e qualquer limite arbitrário é proibido. A consequência imediata é que o conteúdo essencial do direito fundamental será o resultado da consideração razoável e justificada do limite imposto. Se a razoabilidade for verificada, não haverá invasão do conteúdo essencial do direito. A segunda, por sua vez, indica que o conteúdo essencial de um direito fundamental é efetivamente aquele que está indisponível ao poder limitador da lei. O direito fundamental tem de ser previamente delimitado conceitualmente para identificar este conteúdo essencial, e determinar o que não é o seu conteúdo essencial, e assim estabelecer qual é o âmbito de ação do legislador para a imposição de limites dentro da razoabilidade<sup>292</sup>.

Com base no que foi indicado, faz-se referência às observações feitas por Silva<sup>293</sup> que determina a seguinte ordem compartilhada:

Em primeiro lugar, os direitos preexistentes, aqueles previamente definidos no ordenamento jurídico, que tornam cada categoria reconhecível, não podem ser limitados por nenhum ato jurídico, seja ele jurídico, seja administrativo. Não poderia sequer ser limitado ou privado desses direitos por meio de uma reforma constitucional, uma vez que não se pode autorizar a modificação daquele anterior à própria Constituição e que a Carta apenas reconhece como existente. Uma lei que limitasse um direito pré-existente de alguma forma seria inconstitucional porque afeta um direito subjetivo dos indivíduos vis-à-vis o Estado legislador; o legislador carece de poderes de limitação, mesmo quando pudesse invocar razões de interesse geral ou noções semelhantes, o que seria irrelevante para limitar um direito deste tipo.

---

292 GONÇALVES, P. H. **O mínimo existencial e a reserva do possível**: Breves apontamentos. (2020). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87320/o-minimo-existencial-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em: 22 ago. 2021.

293 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 119.

Ao mesmo tempo, na medida em que esses direitos preexistentes formulados com o máximo grau de abstração e generalidade estão associados à noção de conteúdo essencial dos direitos humanos, verifica-se que, além de não poderem ser limitados, transformam-se: 1) em Limites claros para a restrição por lei de outros direitos humanos que sejam limitáveis, na medida em que se fundamentem as restrições que lhes são impostas (cumprimento da garantia formal de estarem estabelecidas pela lei formal - e garantias materiais - por motivos de interesse geral ou outros conceitos de que trata a nossa Constituição) nunca poderão ter tal entidade que impliquem a desnaturação do conteúdo essencial (o que os tornaria inconstitucionais porque implicam uma limitação indireta dos pré-existentes) e 2) o conteúdo essencial será um guia básico para o legislador e o administrador sobre o ponto de partida mínimo dos direitos humanos que devem ser protegidos em um processo expansivo de proteção e reconhecimento.

#### **4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O Princípio da Proporcionalidade refere-se à necessidade de garantir a supremacia do conteúdo das normas relativas aos direitos fundamentais sobre a necessária regulamentação legislativa. Implica que qualquer determinação de autoridade que restrinja um direito fundamental só será exequível se for imprescindível para a realização de um objetivo constitucionalmente lícito, de acordo com as proibições de exercício de poder inerentes ao Estado Constitucional de Direito<sup>294</sup>.

Tal princípio serve de critério para determinar a legitimidade da intervenção legislativa, tanto em relação à limitação de direitos quanto às restrições impostas às próprias limitações. Assim, é possível concluir que este princípio cumpre uma função argumentativa na interpretação dos princípios fundamentais que podem ser afetados em determinada situação, para fixar o significado específico das disposições constitucionais que os tributam<sup>295</sup>.

Desse modo, os critérios tradicionais de interpretação jurídica não são suficientes para determinar as limitações aos princípios constitucionais em caso de colisões, na medida

---

294 MARINI, B. O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9708>. Acesso em: 22 ago. 2021.

295 PINHO, R. C. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas ; v. 17), p. 88.

em que não foram formulados para a estruturação abstrata e genérica dos dispositivos normativos constitucionais. Estes critérios são de recepção e aplicação para o esclarecimento de algumas questões centrais iniciais como o significado das disposições fundamentais, mas não facilitam a determinação precisa dos limites dos princípios constitucionais no momento de suscitar um conflito com características particulares.

A Adequação, primeiro subprincípio da proporcionalidade, busca meios que sejam compatíveis com a finalidade pretendida. Isso mostra que o princípio da adequação nada mais é do que uma expressão da ideia de otimização de Pareto. Uma posição pode ser melhorada sem prejudicar a outra<sup>296</sup>.

São raros os casos em que as leis são declaradas inconstitucionais por motivos de inadequação. Normalmente, a medida aplicada pelo legislador irá, pelo menos, promover os seus objetivos em certa medida. Isso é suficiente para adequação. Por esta razão, a relevância prática do subprincípio da adequação é bastante baixa. Isso é completamente diferente no que diz respeito ao segundo subprincípio da Proporcionalidade, o Princípio da Necessidade.

O Princípio da Necessidade exige que, dentre os meios promotores, igualmente adequados, deve-se escolher aquele que interfere menos intensamente no direito a ser mitigado. Este é, novamente, um caso de otimização de Pareto<sup>297</sup>.

Assim como o Princípio da Adequação, o Princípio da Necessidade diz respeito à otimização em relação às possibilidades factuais. A otimização em relação às possibilidades factuais consiste em evitar custos evitáveis. Os custos, entretanto, são inevitáveis quando os princípios se chocam. Então, o equilíbrio se torna necessário.

O equilíbrio é o tema do terceiro subprincípio do Princípio da Proporcionalidade: Proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio expressa o que significa otimização em relação às possibilidades legais. É idêntico a uma regra que pode ser chamada de 'Lei

---

296 MARINI, B. O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9708>. Acesso em: 22 ago. 2021.

297 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103.

do Equilíbrio'. Esta regra declara: Quanto maior o grau de insatisfação ou detrimento de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro<sup>298</sup>.

A Lei de Equilíbrio pode ser encontrada, em diferentes formulações, em quase todos os lugares no julgamento constitucional. Ele expressa uma característica central do balanceamento e é de grande importância prática. Se alguém deseja alcançar uma análise precisa e completa da estrutura do equilíbrio, a Lei do Equilíbrio deve, entretanto, ser elaborada mais detalhadamente. O resultado de tal elaboração adicional é a fórmula do peso<sup>299</sup>.

Assim, para a determinação dos limites da relação entre bens jurídicos, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade é central, uma vez que a precisão de conceitos, ideias e situações que pode contribuir para casos específicos, é um procedimento adequado para estabelecer a legitimidade de uma medida legislativa que deve promover um bem público. Com a proporcionalidade é possível estabelecer de forma racional resultados ou decisões bastante aceitáveis, o que justifica totalmente o método<sup>300</sup>.

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade é importante para afastar o critério conflituoso dos princípios constitucionais. Este os considera "opostos" e obriga a imposição de um ao outro, tal como o faz com os bens que protege. Ao contrário, a proporcionalidade busca uma harmonia entre as oposições.

O alegado conflito não é verificável entre os direitos considerados abstratamente, mas entre as reivindicações de seus titulares em casos específicos. Portanto, a solução seria determinada pela incidência casuística de certos critérios e elementos circunstanciais. Não é viável que um bem ou direito requeira prejuízo a outro bem ou direito, mas deve "combinar sua finalidade com a perspectiva proporcionada pela visão de coexistência; os princípios constitucionais – como direitos paradigmáticos à privacidade e à liberdade de expressão – simplesmente não são inimigos naturais.

Portanto, de acordo com o Princípio da Proporcionalidade, a lei que restringe um direito fundamental deve ser adequada e necessária para atingir o fim pretendido. Uma lei

---

298 Idem, p. 105.

299 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

300 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

é adequada, quando com sua ajuda o resultado desejado pode ser alcançado; é necessária quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio igualmente eficaz que não restrinja ou limite o direito fundamental em menor grau. Para julgar a idoneidade e necessidade dos meios escolhidos para atingir os objetivos pretendidos, bem como para efetuar neste contexto a avaliação e previsão dos perigos que ameaçam as pessoas ou o interesse geral, foi atribuído ao legislador um espaço de decisão, que só pode ser apreciada pelo Tribunal Federal de forma limitada, dependendo do tipo de questão em discussão e do interesse jurídico em jogo, para que possa emitir uma sentença suficientemente segura<sup>301</sup>.

O STF se utilizou da Teoria dos Limites dos Limites e do Princípio da Proporcionalidade em algumas ocasiões: 1) No voto do Ministro Rodrigues Alckmin na Representação nº 930 acerca da liberdade de conformação do legislador, com base ainda na Constituição de 67/69; 2) No HC nº 82.959 em que Ministro Marco Aurélio figurou como relator e evidenciou a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos ilustraria lesão ao princípio do núcleo essencial; 3) Na ADC nº 29/DF, julgada em 16/02/2012, que estabeleceu os critérios da Ficha Limpa<sup>302</sup>.

De acordo com a teoria dos princípios, os princípios são mandados de otimização. Agora, o Princípio da Proporcionalidade com seus três subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito logicamente segue a natureza dos princípios como requisitos de otimização, e a natureza dos princípios como requisitos de otimização segue logicamente do Princípio da Proporcionalidade. Essa equivalência é necessária<sup>303</sup>.

Exatamente neste ponto, uma distinção decisiva entra em jogo. É a distinção entre uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e proporcionalidade, por um lado, e uma conexão necessária entre a teoria dos princípios, incluindo a proporcionalidade - seu

---

301 MARINI, B. O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9708>. Acesso em: 22 ago. 2021.

302 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>

303 MARINI, B. O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9708>. Acesso em: 22 ago. 2021.

equivalente - e direitos constitucionais, por outro. A tese de que existe uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade pode ser chamada de 'tese da primeira necessidade'. A tese de que existe uma conexão necessária entre os direitos constitucionais e a teoria dos princípios, ou análise da proporcionalidade, será denominada 'tese da segunda necessidade'. Martin Borowski fez uma distinção entre a teoria dos princípios como tal, ou seja, a teoria dos princípios como uma tese teórica normativa geral, e a aplicação da teoria dos princípios aos direitos constitucionais, ou seja, a teoria dos princípios como uma interpretação dos direitos constitucionais. A primeira tese de necessidade é uma tese teórica sobre a norma, a segunda tese de necessidade é, em contraste, uma tese interpretativa.

A primeira tese da necessidade foi muito menos contestada do que a segunda. Isso, entretanto, não quer dizer que não tenha recebido nenhuma crítica. Duas objeções devem ser consideradas aqui. A primeira foi criada por Kai Möller, que afirma que a tese de que a natureza dos princípios implica o Princípio da Proporcionalidade é "errada". Seu principal argumento é que a cláusula 'na maior extensão possível' na definição de princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais corretamente entendida, refere-se não ao equilíbrio, mas à correção. Significa 'a extensão correta'. Diz-se que a extensão correta, por sua vez, depende do 'argumento moral'. Esta objeção confronta o equilíbrio com dois conceitos, o conceito de correção e o conceito de moralidade. Esses dois conceitos exigem um equilíbrio no que diz respeito a uma interferência nos direitos constitucionais. A correção de uma interferência em um direito constitucional depende de se essa interferência é justificada. Nos casos de inadequação e falta de necessidade, não existe razão que requeira a interferência. A interferência, portanto, não se justifica. Isso mostra que a determinação da extensão correta pressupõe necessariamente os subprincípios de adequação e necessidade. Com isso, a otimização em relação às possibilidades factuais está conectada com a correção<sup>304</sup>.

O segundo ponto de Möller é a necessidade de argumento moral. A determinação da intensidade da interferência no direito de personalidade do oficial da reserva paraplégico ao chamá-lo de 'aleijado' é, como mencionado acima, baseada na avaliação dessa descrição como humilhante e como uma expressão de falta de respeito. Esses são argumentos morais. Sem esses argumentos morais, a fórmula do peso não seria aplicável no caso do *Titanic*. Isso basta para mostrar que os argumentos morais são indispensáveis

---

304 ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

para a aplicação da fórmula do peso. A fórmula do peso não é uma alternativa ao argumento moral, mas uma estrutura de argumentação legal e moral<sup>305</sup>.

Uma segunda objeção contra a primeira tese da necessidade, ou seja, a tese de uma conexão necessária entre otimização e proporcionalidade, foi levantada por Ralf Poscher, que afirma que o Princípio da Proporcionalidade não precisa ser entendido como um requisito de otimização. Ele argumenta que existem alternativas à otimização como a 'proibição da desproporcionalidade grosseira' e a 'garantia de uma posição mínima'. A proibição da desproporcionalidade é o mesmo que o requisito da proporcionalidade, e o requisito da proporcionalidade, por sua vez, é o mesmo que o requisito da otimização. A desproporcionalidade, portanto, nada mais é do que uma conexão do terceiro subprincípio do Princípio da Proporcionalidade, entendido como um requisito de otimização, com discricionariedade nos casos de desproporcionalidade que não seja grosseira. Este não é o lugar para questionar se a concessão de tal discricionariedade pode ser justificada, por exemplo, por princípios formais. O único ponto de interesse nesta conexão é que tal construção permaneceria completamente dentro do reino da teoria dos princípios. Isso é diferente no caso de uma garantia de uma posição mínima. A garantia de um mínimo, se não determinada pelo balanceamento, não seria, de fato, o mesmo que otimização. No entanto, não seria apenas diferente da otimização, mas também diferente da proporcionalidade. Não seria uma interpretação alternativa da proporcionalidade. Em vez disso, seria uma alternativa incompatível com a proporcionalidade. Assim, quem eventualmente recomendasse a substituição do Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito pela garantia de um mínimo estaria recomendando a abolição desse princípio<sup>306</sup>.

Portanto, existe uma conexão necessária entre direitos constitucionais e a proporcionalidade. Os princípios estão ligados a todas as normas de direitos constitucionais, independentemente de terem, como tais, o caráter de regras ou princípios. Se os formuladores constitucionais transmitiram uma colisão de princípios ao publicar uma regra, então o princípio formal da autoridade da constituição exige que essa regra seja

---

305 POSCHER, R. **Teoria de um fantasma** – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 88.

306 Idem, p. 90.

observada. Se, no entanto, essa regra for ambígua, vaga ou avaliativa e aberta, os princípios substantivos que estão por trás dela voltam imediatamente a funcionar.

Este também é o caso quando a regra é incompatível com os princípios constitucionais que são, pelo menos em alguns casos, regulados por esta regra de maior peso do que o princípio formal da autoridade da constituição juntamente com os princípios substantivos que sustentam a regra. A existência dessas constelações leva a uma conexão necessária entre direitos constitucionais e proporcionalidade, cujo caráter é potencial. A contrapartida da conexão potencial necessária é a conexão real entre direitos e princípios constitucionais. Existe uma conexão real em todos os casos em que as normas de direitos constitucionais, conforme estabelecidas na constituição, devem ser interpretadas diretamente como princípios.

## 5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

De acordo com a maioria da doutrina, o Princípio da Razoabilidade se confunde com o Princípio da Proporcionalidade, contudo, há diferenças a serem consideradas. A razoabilidade implica que, para que uma medida seja constitucional, é necessário um determinado conteúdo de justiça. O bom senso e o sentimento racional de justiça dos indivíduos permitem-nos apreciar o que é razoável e o que é arbitrário, o que está de acordo com a justiça ou não, o que é ou não justo. Em princípio, pode-se considerar que a razoabilidade e a proporcionalidade são determinações semelhantes, cujo objetivo é semelhante na medida em que sua pretensão é evitar a arbitrariedade. No entanto, estrita e formalmente, eles não são os mesmos.

Outrossim, é possível afirmar a existência de uma relação gênero-espécie entre esses princípios, haja vista que a ideia de razoabilidade implica proporcionalidade, que se torna uma consequência ou mesmo uma manifestação dela, por meio da qual é possível determinar se uma ação do Estado é juridicamente a mais adequada para perseguir determinado propósito.

Segundo Silva<sup>307</sup>, a sentença de proporcionalidade visa determinar o limite constitucionalmente admissível de uma intervenção estatal em termos de compatibilidade

---

307 SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 132.



com o respeito aos direitos. Implica a eliminação da arbitrariedade e, dessa forma, o juízo da proporcionalidade supõe o da razoabilidade.

Mendes<sup>308</sup> indicou que a origem do princípio da razoabilidade pode estar localizada no direito anglo-saxão, vinculando-se diretamente ao chamado devido processo legal, cujas raízes podem ser encontradas em documentos como a Carta Magna de 1215. A origem conceitual refere-se à ideia de que, para que os atos dos poderes públicos verifiquem a validade, certas regras e procedimentos devem ser observados. Desde suas origens, o devido processo foi entendido como um princípio processual, porém também produziu uma mutação a partir da interpretação que passou a ser feita pela jurisprudência norte-americana a partir do final do século XIX.

Assim, a análise da razoabilidade é fundamental para se analisar a legitimidade dos limites impostos a direitos fundamentais, visando proteger o núcleo essencial desses direitos e a compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

## **6 TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES NA JURISPRUDÊNCIA**

Como ilustração da aplicação da Teoria dos Limites dos Limites e do Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade aplicado às restrições dos limites a direitos fundamentais, faz-se necessário colacionar jurisprudências pátrias a fim de verificar a aplicação prática desses institutos.

Nesse sentido, cabe mencionar a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 408.423 - PR (2013/0332240-6) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO AGRAVANTE: DANLEY SECO FERREIRA E OUTRO ADVOGADO: FERNANDO GUSTAVO KNOERR E OUTRO (S) AGRAVADO: MUNICÍPIO DE SERTANÓPOLIS ADVOGADO: ADALGISA APARECIDA DANCIN ALSOUZA E OUTRO (S) INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA NO CASO CONCRETO. CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIMITE DOS LIMITES. PROPORCIONALIDADE. PROIBIÇÃO DO EXCESSO. (...). Recai-se assim na teoria das restrições das restrições, também

---

308 MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92.

chamada, como prefere o MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES, de limites dos limites (Schranken-Schranken, no direito alemão), donde entram em cena o princípio da proteção do núcleo essencial e o princípio (meta-princípio, para parte da doutrina) da proporcionalidade. (...) tem-se que a medida de retomada do bem de um lado é apta para a garantia do direito à propriedade dos requeridos e, da mesma forma, a sua não realização também é apta a garantir o direito de habitação dos indivíduos que lá residem.(...) MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator (STJ - AREsp: 408423 PR 2013/0332240-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 26/03/2014)

No caso supramencionado, a Teoria dos Limites dos Limites foi mencionada e serviu de base para a decisão, visando proteger o núcleo essencial dos princípios em conflito. O julgado tratou da colisão entre o direito de propriedade e o direito a habitação, bem como de eventual desproporcionalidade do direito do credor, considerando o adimplemento substancial do contrato.

Nesse diapasão, colaciona-se outro julgado do STJ que adotou a Teoria dos Limites dos Limites, no âmbito do direito penal e processual penal:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, LAVAGEM DE DINHEIRO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E OUTROS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INVESTIGAÇÃO QUE PERDURA DESDE SETEMBRO DE 2002. INEXISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO FORMAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

4. Colocada a situação em análise, verifica-se que há direitos a serem ponderados. De um lado, o direito de punir do Estado, que vem sendo exercido pela persecução criminal que não se finda. E, do outro, da recorrente em se ver investigada em prazo razoável, considerando-se as consequências de se figurar no polo passivo da investigação criminal e os efeitos da estigmatização do processo.

5. Recurso provido para trancar o Inquérito Policial n. 2002.38.01.005073-9, em trâmite na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, sem prejuízo da abertura de nova investigação, caso surjam provas substancialmente novas. O trancamento deve abranger os demais investigados, que se encontram em situação fático-processual idêntica. (RHC 61.451/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 15/03/2017)

No caso acima, a referida teoria foi adotada implicitamente, haja vista que a realização de investigações policiais, que limitam direitos do cidadão, especialmente à intimidade, à vida privada e indiretamente até a imagem, é permitida, porém deve durar apenas o tempo razoável. No caso em tela, uma investigação que dura treze anos, sem ao menos existir denúncia formal, é totalmente desproporcional e não se pode admitir que o cidadão suporte *ad aeternum* um inquérito policial por incompetência do estado. Assim, observa-se uma limitação (prazo razoável do inquérito policial) à limitação de direitos (investigações policiais).

Neste outro julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba, pode-se observar a aplicação prática da Teoria dos Limites dos Limites:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS EM PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE MANEIRA INTEGRAL E UNIVERSAL. MATÉRIA DECIDIDA PELA SUPREMA CORTE SOB O MANTO DA REPERCUSSÃO GERAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIA DOS "LIMITES DOS LIMITES". PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NA RENAME. IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO OBRIGAR OS ENTES FEDERADOS AO CUMPRIMENTO DE DIREITOS ASSEGURADOS CONSTITUCIONALMENTE. MATÉRIA AFETADA AOS RECURSOS REPETITIVOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA N.º 106. SUBSTITUÍDA PROCESSUAL QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS ESTABELECIDOS NA TESE ASSENTADA PELO TRIBUNAL DA CIDADANIA NOS AUTOS DO REsp. n. 1.657.156-RJ,

REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESPROVIMENTO DO APELO - "A Constituição Federal de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas doenças, em especial as mais graves, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei n. 8.080/1990 restringir essa responsabilidade, servindo ela, a (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005261120158150951, - Não possui -, Relator ONALDO ROCHA DE QUEIROGA, j. em 07-06-2018) (TJ-PB 00005261120158150951 PB, Relator: ONALDO ROCHA DE QUEIROGA, Data de Julgamento: 07/06/2018)

No julgado acima, entraram em conflito dois institutos jurídicos que tratam de direitos fundamentais: reserva do possível e mínimo existencial. O fornecimento de medicamentos para o tratamento de doenças decorre diretamente do direito à saúde previsto na Constituição Federal. Assim, a alegação do instituto da reserva do possível não prevaleceu, haja vista que a não prestação de medicamentos atinge frontalmente o núcleo intangível do direito constitucional à saúde. Portanto, houve a limitação de uma restrição a direitos fundamentais, baseada na Teoria dos Limites dos Limites.

Por fim, outros julgados interessantes, que se fundamentaram na referida teoria, são estes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que refletem casos semelhantes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSÍVEL DESRESPEITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. LIBERDADE CONCEDIDA. TEORIA DOS LIMITES/RESTRICÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITES DOS LIMITES. A paciente, que é primária, se encontra segregada desde 31 de maio de 2013, pela suposta prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e posse de arma de fogo. (...) A lei não permite atalhos e somente no caso de haver certeza da prática de ilícito penal é que fica autorizada a exceção do inciso XI do art. 5º da Constituição. Noutras situações, impõe-se a obtenção do prévio mandado judicial. Doutrina sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Citações da Constituição dos Estados

Unidos e da Lei Fundamental da Alemanha a respeito da inviolabilidade do domicílio, a título de acréscimo à fundamentação, pois a primeira data de mais 200 anos e a segunda de mais 60 anos. Teoria dos limites/restrições dos direitos fundamentais e limites dos limites. Se os direitos fundamentais não são absolutos, existem direitos que não se sujeitam a reservas legais, outros que se sujeitam a reservas legais simples e outros, ainda, que se sujeitam a reservas legais qualificadas. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70055401046, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 01/08/2013) (TJ-RS - HC: 70055401046 RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 01/08/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/09/2013)

APELAÇÃO-CRIME. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO REX 603.616/RO. Réu que é abordado dentro de seu domicílio. Apreensão de 04 pedras de crack, sem pesagem definitiva, em um colchão no interior da residência. Réu que assume a posse do entorpecente para consumo. Fundadas razões para ingresso policial no domicílio não declinadas. Patrulha em local \conhecido pelo tráfico e pelo consumo de drogas\. A mera constatação posterior dos verbos do tipo \guardava e tinha em depósito\ não é suficiente a excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no REx nº 603.616. Repercussão geral. Teoria dos limites dos limites. Doutrina. Jurisprudência. Ilegalidade da ação policial que macula a prova material obtida mediante violação do domicílio, repercutindo nos demais elementos do processo. Absolvição que se impõe. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. ABSOLVIÇÃO. (TJ-RS - APL: 70067494625 RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 07/12/2016, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/12/2016)

Os julgados supracitados focaram em analisar se houve desrespeito ao mandamento constitucional da inviolabilidade de domicílio. Sabe-se que, em havendo flagrante delito, é possível penetrar na residência sem o consentimento do morador, a qualquer hora do dia ou da noite, sendo esta regra, portanto, um limite ao direito previsto na constituição.

Ocorre que essa limitação ao direito à inviolabilidade domiciliar também possui limites, haja vista que a mera suspeita da prática do crime (ainda que realmente exista o flagrante delito) não permite a violação do domicílio. A norma permissiva é limitada aos casos em que há plena certeza da prática do crime, baseada em fundadas razões justificadas a posteriori. Assim, foi aplicada a Teoria dos Limites dos Limites para considerar ilegal a entrada dos policiais em residência quando baseados em mera suspeita de flagrante delito.

Portanto, é possível observar que os tribunais brasileiros já adotam a Teoria dos Limites dos Limites, ainda que implicitamente, e a tendência é que sua aplicação seja ampliada com a finalidade de evitar violações desproporcionais e inconstitucionais aos direitos fundamentais.

## **7 CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, faz-se o questionamento: de que forma a Teoria dos Limites dos Limites efetivamente interfere na limitação às restrições de direitos fundamentais? E a resposta é a seguinte: como limite absoluto das limitações, a essência de um direito fundamental define uma esfera de um núcleo que deve permanecer sempre livre de interferências. No caso de direitos fundamentais que são absolutos - como a proibição de tratamento desumano ou degradante - o conteúdo de tais direitos é "toda a essência", o que significa que nenhuma limitação pode ser imposta ao seu exercício.

No que diz respeito aos direitos fundamentais cujo exercício pode estar sujeito a limitações, uma medida que respeite a essência desses direitos não os põe em causa enquanto tais. Resulta da jurisprudência que a essência de um direito fundamental não é comprometida quando a medida em questão limita o exercício de certos aspectos desse direito, deixando outros intocados, ou se aplica a um conjunto específico de circunstâncias no que diz respeito à conduta individual da pessoa em causa.

O fato de que o conceito de "a essência de um direito fundamental" só seja comprometido em casos extremos é uma coisa boa. Visto que nenhuma interferência nessa

esfera de liberdade pode ser justificada, o STF, guardião da Constituição Federal, deve agir com cautela ao definir as circunstâncias em que a essência de um direito fundamental está comprometida. Uma compreensão ampla desse conceito correria o risco de transformar *todos os* direitos reconhecidos na Carta Constitucional em direitos absolutos, o que é simplesmente insustentável em um sistema democrático de governança como no Brasil, onde o equilíbrio de interesses conflitantes ocorre regularmente.

Com efeito, quando se trata da aplicação do Princípio da Proporcionalidade às limitações ao exercício dos direitos fundamentais, o STF não se limita apenas em averiguar se a medida em causa é manifestamente inadequada para atingir os objetivos que prossegue, mas analisa também o núcleo intangível de cada direito fundamental.

Independentemente dos perigos e desafios que nós, brasileiros, possamos enfrentar no futuro, o conceito de essência de um direito fundamental funciona como um lembrete constante de que há um núcleo de valores absolutos (intangíveis) e, como tal, não estão sujeitos a um desequilíbrio a ponto de esvaziar um direito. A essência do direito fundamental é o bastião de liberdade mais fundamental da qual o STF sempre deverá resguardar.

A natureza e a finalidade dos direitos fundamentais exigem que não sejam concebidos como realidades que se opõem. Não devemos esquecer, ao interpretar as normas jurídicas fundamentais, que se tratam de direitos que refletem as demandas de uma realidade essencialmente unitária e coerente: a natureza humana. Se esta é uma realidade unitária e coerente, não pode ser possível que seu reflexo jurídico suponha realidades contraditórias. Da mesma forma, deve-se ter em mente que se trata de direitos que estão incluídos na norma constitucional, que devem ser interpretados de acordo com os princípios da normatividade, unidade e sistematicidade do texto constitucional. Se a Constituição é uma realidade normativa, não se pode admitir que em casos específicos apenas aquele dispositivo constitucional que inclui o direito que prevalece, e o dispositivo que arrecada o direito sacrificado não o possui. Da mesma forma, se a Constituição é uma unidade sistemática, as normas fundamentais não podem ser interpretadas de forma incompatível entre si.

Assim, os chamados conflitos entre direitos fundamentais só podem ser aparentes, não podem realmente existir. Conflitos verdadeiros só podem ser verificados no campo das reivindicações ou interesses apresentados pelas partes em uma disputa específica. Nesse nível, pode-se dizer que uma reivindicação prevaleceu sobre a outra.

Isso significa abandonar os mecanismos de interpretação constitucional que - se os direitos são concebidos como realidades contraditórias - buscam resolver o "conflito" por meio de métodos que acabam por colocar um direito acima do outro, ou seja, acabam por propor a prevalência de um e o deslocamento do outro. Ao abandonar estes mecanismos de interpretação, devem ser aceitos aqueles que, partindo da possibilidade de uma vigência harmoniosa e conjunta dos direitos fundamentais, proponham métodos que visem lograr uma validade ajustada dos mesmos.

Esses métodos passam necessariamente por considerar que todos os direitos fundamentais têm um conteúdo jurídico que passa a ser definido a partir da própria norma constitucional, apelando para a finalidade e a natureza jurídica do direito em questão. Não é um conteúdo ilimitado, mas tem escopo e significado limitados. Essa realidade limitada que o direito fundamental pressupõe é em si mesma ilimitada, de modo que a ação do poder político - do legislador, por exemplo - será a delimitação desse conteúdo jurídico.

A validade plena e efetiva dos direitos fundamentais exige que os direitos da pessoa deixem de ser concebidos como realidades conflituosas e passem a ser tratados e interpretados como realidades essencialmente conciliatórias que permitem a vigência harmoniosa e conjunta de todos esses direitos.

Portanto, a Teoria dos Limites dos Limites visa, ao final, a proteção dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao seu núcleo essencial intangível, o qual foi conquistado após muitos conflitos e revoluções históricas, bem como possui a finalidade de concretizar integralmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

## 8 REFERÊNCIAS

ALEXY, R. (1986). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA JUNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. –9. Ed.rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2015.



GALDINO, F. **Introdução à Teoria do Custo dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GONÇALVES, P. H. **O mínimo existencial e a reserva do possível**: Breves apontamentos. (2020). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87320/o-minimo-existencial-e-a-reserva-do-possivel>. Acesso em: 22 ago. 2021.

ISMAIL FILHO, S. **Mínimo existencial**: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana. (2016). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana> Acesso em: 22 ago. 2021.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. 19 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAFRA, F. **Direitos e Garantias Fundamentais**: um conceito. Âmbito Jurídico, 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-e-garantias-fundamentais-um-conceito/>. Acesso em: 05 mai. 2021.

MALDONADO, M. **Direitos fundamentais. Um estudo conceitual**. Santiago do Chile: Olejnik, 2018.

MARINI, B. O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9708>. Acesso em: 22 ago. 2021.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

PINHO, R. C. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas ; v. 17).

POSCHER, R. **Teoria de um fantasma** – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016

PULIDO, C. **Uma defesa da forma de constituição jurídica do neoconstitucionalismo**. Pro manuscrito, 2015.

ROSS, W. D. **The Right and the Good** (1930). Oxford: Clarendon Press, 2002.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VASCONCELLOS, M.; FERRAZ, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2009.

## **A VIOLÊNCIA NA ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR: O ABUSO DE AUTORIDADE E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

**GABRIELLA DE SOUZA SANTANA:**

Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho foi elaborado com o intuito de analisar o grave problema da segurança pública no Brasil, a violência gerada pelos policiais militares no exercício de suas funções, gerando violações a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e caracterizando o abuso de autoridade previsto na Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), dando ênfase na violência praticada principalmente contra aqueles que já são vulnerabilizados pela exclusão social. Para a realização do trabalho foi utilizado o método dedutivo através de revisões bibliográficas e por meio de artigos científicos, dados de pesquisas do governo, livros e a legislação brasileira. Tem como finalidade demonstrar como o problema prejudica a confiança da sociedade perante a Polícia Militar, analisando casos de abusos de autoridade como violação a princípios constitucionais, alertando o crescimento anual da letalidade pelos policiais e identificando quais suas principais vítimas. Por fim, pode-se concluir a importância de adotar medidas eficazes para redução das práticas ilegais cometidas pelos agentes, gerando um convívio melhor com a população e mais confiança em relação à segurança pública no país, como também para uma melhor forma de diminuir a criminalidade.

**Palavras-chaves:** Segurança Pública. Polícia Militar. Dignidade da Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** The present work was prepared with the aim of analyzing the serious problem of public security in Brazil, the violence generated by the military police in the exercise of their functions, generating violations of constitutional principles such as human dignity and characterizing the foreseen abuse of authority in Law No. 13.869/2019 (Abuse of Authority Law), emphasizing the violence practiced mainly against those who are already made vulnerable by social exclusion. To carry out the work, the deductive method was used through bibliographical reviews and through scientific articles, government research data, books and Brazilian legislation. Its purpose is to demonstrate how the problem undermines society's trust in the Military Police, analyzing cases of abuse of authority as a violation of constitutional principles, alerting the annual increase in lethality by police officers and identifying the main victims. Finally, it can be concluded the importance of adopting

effective measures to reduce illegal practices committed by agents, generating a better relationship with the population and more confidence in relation to public safety in the country, as well as a better way to reduce crime.

**Keywords:** Public security. Military police. Dignity of human person.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Segurança Pública e o problema institucional da Polícia Militar. 2.1 Polícia Militar. 3 Violência Policial. 4 O Princípio da Dignidade Humana e a sua violação nas intervenções policiais. 5 O abuso de autoridade nas abordagens policiais. 6 Conclusão. 7 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A questão em pauta nessa pesquisa é a violência praticada por agentes da Polícia Militar, que muitas vezes atuam em função de hierarquias racistas e com desigualdade referente a classes sociais em suas abordagens.

A violência quando praticada por agentes da segurança pública no exercício de suas funções é considerada violência policial, atualmente é um dos principais problemas dentro dos órgãos da Segurança Pública no país, imagens e fotos de torturas e humilhação contra a população são repercutidos diariamente em mídias eletrônicas, causando grande impacto e insegurança para a sociedade.

Inicialmente, o trabalho visa apresentar o que é a Segurança Pública e explicar seu problema social perante as instituições militares, esclarecendo possíveis falhas que causam tal violência. A Polícia Militar é um dos 6 (seis) órgãos tratados no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, artigo este que estabelece os órgãos constituintes da Segurança Pública no Brasil, são eles: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civil, polícia militar e bombeiros militares, nos parágrafos do dispositivo estão elencadas as competências e funções de cada órgão. Cada um possuem competências diferentes, porém, todos os policiais são incumbidos de cuidar, manter a ordem pública e prevenir crimes, independente de qual órgão policial pertence.

O órgão militar tem como principal função o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública nos Estados brasileiros e no Distrito Federal, trabalham em conjunto com as polícias civis. A Polícia Militar é tida como forças auxiliares e reserva do Exército Brasileiro que integram o Sistema de Segurança Pública e Defesa social brasileiro, por esse motivo seu comando é dado por um superior do posto de coronel, chamado de comandante-geral.

A Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019 (Lei de abuso de Autoridade), considera abuso de autoridade condutas praticadas pelo agente público com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Portanto, o fato de serem policiais não justifica que podem usar e abusar da força física ao realizar suas missões, salvo nos casos exclusão da ilicitude, assunto elencado nos incisos do artigo 23 do Código Penal (1940).

A forma brutal e desumana que a polícia realiza as abordagens, caracterizam violações graves ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana com redação dada no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal/1988. O princípio ressalva que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.

Dessa forma, o objetivo principal do trabalho é demonstrar como a prática das violências policiais tem afetado a confiança da sociedade nos órgãos policiais principalmente com relação a Polícia Militar, analisando alguns casos que fizeram o assunto ter maior visibilidade, principalmente por ter vitimado pessoas inocentes, também irá dar ênfase no perfil das vítimas e por fim destacar possíveis soluções para o combate de tal violência.

## **2 SEGURANÇA PÚBLICA E O PROBLEMA INSTITUCIONAL DA POLÍCIA MILITAR.**

A Secretária Nacional de Segurança Pública define Segurança Pública como “uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o objetivo de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei”, ou seja, é o exercício da segurança de ordem pública, é dever do Estado é um direito e responsabilidade de todos, de preservação da ordem pública. As instituições policiais são encarregados para realizar esse trabalho na sociedade.

O assunto é tratado no Capítulo III, “Da Segurança Pública” do Título V, “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, o artigo 144 é o único deste capítulo, e trata sobre a definição do conceito de segurança pública no Brasil, nele está todos os órgãos constituintes e suas competências perante a sociedade, tendo como definição principal a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Em 2010 ocorreu o julgamento de uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), determinando a taxatividade do rol dos órgãos da segurança pública.

ADI 3469 / SC - SANTA CATARINA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 16/09/2010

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL). Precedentes. 5. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados- -membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto Geral de Perícia, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.

O julgamento da ADI foi crucial para o entendimento que apenas os órgãos elencados no artigo 144, pode realizar funções da segurança pública no Brasil.

Para o autor Álvaro Lazzarini (1995, p. 53) a segurança pública é elemento e causa da ordem pública: “temos entendido ser a segurança pública um aspecto da ordem pública, ao lado da tranquilidade e da salubridade públicas. [...] Cada um de seus aspectos é por si só a causa do efeito ordem pública, cada um deles tem por objeto assegurar a ordem pública”. Ou seja, o doutrinador entende que a segurança pública é um tipo de manutenção da ordem pública.

Nos últimos anos, a questão da segurança pública passou a ser considerada problema fundamental e é um dos principais desafios para o estado de direito brasileiro. O assunto ganhou maior visibilidade por problemas relacionados com o aumento da violência policial e conseqüentemente gerando a alta sensação de insegurança, entre outras dezenas de falhas no sistema brasileiro.

Alex Agra, preceitua que:

Para estudar os problemas do modelo das polícias no Brasil, é preciso entender que as contradições que o modelo de segurança pública apresenta vão além de obstáculos individuais, ou seja, questões de caráter ou formação de um policial (ou um grupo de policial)

específico(s). Trata-se de um empecilho sistemático muito bem colocado por um sistema criado para não funcionar. Visto isso, o objetivo dessa reflexão não será condenar ou isentar o policial enquanto indivíduo, mas entender que há em volta dele um contexto histórico, social e estrutural para que as limitações atuais existam. (2016)

O aumento da criminalidade é um dos motivos para a desestabilidade da segurança pública, infelizmente o Brasil é um país em que as pessoas de certa forma se acostumaram com a violência mesmo gerando tanta indignação da sociedade, ainda tem muito o que fazer para que a segurança pública seja de fato estruturada para a modernização da sociedade.

## **2.1 Policia Militar**

A Policia Militar é um dos órgãos da segurança pública no Brasil, está previsto no inciso V, do artigo 144 da Constituição Federal de 1988. A PM foi padronizada na Constituição em 1946, ano este que todos os Estados brasileiros passaram a adotar o termo “Policia Militar”, mas, a história da polícia teve origem no século 19, com a chegada de Dom João VI no Brasil em 1908, daí em diante foi criada uma corporação militar no Estado do Rio de Janeiro equivalente a Guarda Real de Polícia, com o passar dos anos e com o aumento populacional foram divididas as guardas das policias militares, criados assim instituições policiais em outros estados brasileiros.

As PMs eram consideradas pequenos exércitos, atuavam para obter a proteção do Estado desde o início da República. Até no período da ditadura militar (1964-1985), as Policias Militares, a não ser quando empregadas a serviço da razão do Estado, eram marcadamente aquarteladas e acentuadamente ociosas (SILVA, 2003), nesse período ocorreu de fato a intensificação da militarização do órgão.

A transição para a democracia no Brasil- como em toda a América Latina pós-ditaduras militares – procurou desmilitarizar a polícia, levando os militares a se concentrar em sua atividade profissional extroversa: a defesa das fronteiras do Estado (ZAVERRUCHA,2001: 76). Apenas com a promulgação da Constituição de 1988 foi estabelecido um novo modelo de Segurança Pública, e conseqüentemente ocorreu a retirada do controle das PMs pelo exército, passando a ser gerida administrativamente pelo governo federal. Apesar disso, ainda são forças auxiliares e reservas do Exército Brasileiro, isso quer dizer que, quando necessário o exército pode requisitar a atuação da PM.

Rogério Greco, leciona sobre os deveres do Policial Militar:

Talvez um dos fardos mais pesados, criados pelo Direito Penal, seja a posição de garantidor. Para os policiais militares, esse fardo se torna ainda mais pesado, uma vez que, de acordo com o Estatuto da Polícia Militar de quase todos os Estados da federação, o policial militar, mesmo fora do seu horário normal de trabalho, ainda continua com esse status, ou seja, ainda é considerado como garantidor, tendo, mesmo nas horas e nos dias de folga, o dever de agir para impedir os resultados previstos nos tipos penais. (2020, p.207)

O parágrafo 5º do artigo 144 da CF/88, elenca as principais atribuições do órgão, são eles: o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, os agentes tem a missão de fiscalizar, realizar rondas, coibir atividades ilícitas de forma imediata, prevenindo o aumento da criminalidade e consequentemente deixando a sociedade segura.

Mas, ao contrário do que se espera dos agentes militares, a realidade é totalmente oposta, a missão de deixar a população segura e manter a confiança dos mesmos com a polícia muitas vezes se torna impossível pelo comportamento agressivo dos agentes públicos, uma pesquisa do Datafolha divulgada pelo jornal Folha de São Paulo em 2019, apontou que os paulistanos temem mais medo do que confiança na polícia militar, os moradores disseram que os militares passam mais temor do que segurança em seus patrulhamentos e abordagens.

Silva relata a caracterização da violência praticada pelos Policiais Militares:

“O policial militar, que convive com os recursos da violência arbitrária, pode aprender essa prática e passar a gostar desse convívio. Desumano, preposto, arbitrário, sempre pronto à adoção do expediente violento, usando a arma e a lei como suportes do atendimento dos seus impulsos, conscientes ou inconscientes, de agressividade ou periculosidade, o policial militar torna-se um marginal amparado e resguardado pela lei. É um delinquente mais perigoso, porque usa da sua credencial, do seu título e de sua farda, para a prática da violência. Ele integra uma minoria da PM e a sua impunidade contamina a própria Instituição”. (1989, p.7)

Essa violência indica a continuidade de padrões e condutas autoritárias ilegais dentro das instituições policiais, representam que as práticas arbitrárias e ilegais do regime autoritário ainda são as condutas da ditadura militar instauradas em 1964, desrespeitando as garantias constitucionais e direitos individuais.

### **3 A VIOLÊNCIA POLICIAL**



A violência policial é caracterizada quando os agentes da segurança pública que são os representantes do Estado responsáveis por manter a ordem pública, agem em desacordo com a lei, usando a força física de forma ilegal, como por exemplo, praticando tortura contra os suspeitos e muitas vezes até contra a sociedade que está no local da abordagem, a maioria das vítimas são jovens, com baixa escolaridade, de classe média, negros e residentes de periferias.

A autora Railda Saraiva (1989) explica o motivo que fazem com que os agentes realizem tais condutas:

O policial em busca de promoção é facilmente conduzido ao raciocínio de que o seu dever está acima de tudo, ou seja, o cumprimento da missão é o que importa. Se precisar bater, ferir, o até mesmo matar, para obter a confissão, dispersar os agitadores, prender o assaltante, agirá sem remorsos, contanto que dê cumprimento imediato à missão, mesmo porque outras missões o esperam, o trabalho é muito e os policiais são poucos. (1989, p.159)

O aumento de casos de violência cometida pelos policiais passou a ser um dos grandes motivos de preocupação da sociedade e de grupos ligados à defesa dos direitos humanos, pois, o excesso das condutas ilegais causa violação a integridade física e à vida dos cidadãos.

O assunto tomou mais repercussão após o caso de George Floyd de 46 anos, que ocorreu em Maio de 2020 nos EUA, Floyd morreu asfixiado após uma abordagem em que os policiais imobilizaram e pressionaram o seu pescoço por 8 minutos e 46 segundos, o caso tomou proporção em vários países ocasionando manifestações de repúdio ao ato cometido pelos agentes, no Brasil o debate sobre a letalidade policial se tornou ainda mais abrangente após o caso do adolescente João Pedro Mattos Pinto, de 14 anos morto durante uma operação conjunta das policias federal e civil no Complexo do Salgueiro, em São Gonçalo em 2020, de acordo com os familiares, os policiais invadiram a casa em que o jovem estava e um dos presentes gritou que só havia crianças na residência e mesmo assim os policias saíram atirando atingindo João (G1, 2020), o caso mais recente que recendeu a revolta foi o de Kathlen de Oliveira Romeu, de 24 anos que morreu ao ser atingida por um disparo de fuzil durante uma ação da Policia Militar no complexo do Lins, zona norte do Rio de Janeiro, a jovem estava grávida de três meses (UOL, 2021), todos eram negros, moradores de periferias e inocentes.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021) artigo desenvolvido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em conjunto com informações fornecidas pelas secretarias de segurança estaduais, em 2020, mesmo com todas as

restrições para a diminuição do contágio do vírus da Covid-19, foi o ano que o país atingiu o maior número de mortes em decorrência de intervenções policiais civis e militares totalizando 6.416 vítimas, foram cerca de 17,6 mortes por dia, crescimento de 190% desde 2013, ano que o FBSP começou o monitoramento, de acordo com o artigo as PMs foram autoras de 72,7% da violências enquanto a polícia civil foi responsável por 2,8% dos casos em 2020. (FBSP, 2021, p. 59).

No Brasil, os órgãos policiais desenvolveram uma cultura de agressividade institucional, na qual os agentes antes mesmo de entrarem nos órgãos policiais acreditam que para garantir a ordem social e combater a criminalidade a única solução é a prática da violência, a ignorância principalmente se os suspeitos forem pobres e marginalizados.

#### **4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA VIOLAÇÃO NAS INTERVENÇÕES POLICIAIS.**

O ser humano tem como garantia fundamental estabelecida pela Constituição Federal (1988) em seu artigo 1º, inciso III o Princípio da Dignidade Humana, que pode ser entendido como garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. De acordo com o conceito elaborado por Ingo Wolfgang Sarlet, que estabelece todo o rol de proteção estabelecido por esse princípio:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2002, p.60)

Ou seja, é papel dos órgãos do Estado garantir um respeito com a vida da sociedade, são incumbidos para dar esse exemplo e seguir o que a Constituição Federal estabelece. A dignidade humana é algo sagrado e inviolável, todo e qualquer desrespeito, tortura retira do cidadão essa garantia constitucional.

De acordo com Oliveira (2016, p.558) "qualquer tentativa de reduzir a pessoa a um nível subumano viola a sua dignidade e o seu valor. A dignidade humana é um patrimônio sagrado e inviolável, pois a pessoa é a imagem divina na terra, segundo a tradição judaico-cristã".

O agente ao tratar o possível suspeito com discriminação racial ou com tortura física está violando de forma direta tal princípio constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.09), ressalta que a violação de um princípio constitucional é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comando [...].

Além das violações contra a integridade física, as agentes também agridem a integridade psicológica por meio de injúria racial, a Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) define o crime de injúria no § 3º do artigo 140, para caracterizar o crime deve haver ofensa à dignidade de alguém utilizando elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou com deficiência, o código traz como pena de reclusão de um a três anos e multa.

Outra forma de violência é a prática de racismo, o crime está previsto na Lei 7.716/1989 e no inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal/ 1988, também aparece sendo um grande problema social e que de acordo com David Marques (2020), coordenador de projetos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, isso acaba refletindo nas instituições policiais, gerando um racismo estrutural, "Estudos sobre como a polícia escolhe seus suspeitos mostram que a polícia tem muito mais facilidade para dizer que abordam mais pobres do que dizer que abordam mais pretos, sem entender a relação entre racismo e pobreza".

Em 2020, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública registrou que 78,9% das vítimas eram negras, a taxa de letalidade é de 4,2 a cada 100 mil habitantes, já entre brancos ela é de 1,5 a cada 100 mil, ou seja, a letalidade policial entre negros é 2,8 maiores que a taxa entre brancos (FBSP, 2020, p.67), é importante lembrar que negros representam 56,3% do total da população brasileira.

## **5 O ABUSO DE AUTORIDADE NAS ABORDAGENS POLICIAIS.**

A abordagem policial é uma ação usada pela polícia ostensiva preventiva, com o objetivo de abordar suspeitos e manter a ordem pública, o artigo 244 do Código de Processo Penal deixa claro para o abordado que tal prática é obrigatória por lei. De acordo com Capez a ação será realizada quando "houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida" ou outros objetos. É realizada na pessoa (incluindo bolsas, malas etc.) e em veículos que estejam em sua posse (automóveis, motocicletas etc) (2009, p. 341).

A legislação brasileira dispõe procedimentos legais de abordagens que os agentes devem seguir sem que seja caracterizado Abuso de Autoridade, que de acordo com a Lei 13.869/19 é crime e tem caráter privilegiado, ou seja, para cometer tal crime é necessário que exista uma característica profissional, e pelo uso excessivo de poder que lhe tenha sido

atribuído no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Esse tipo de abuso é uma prática na qual, o policial ostenta do seu poder de policiamento de forma que restringe à liberdade de locomoção, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência, à incolumidade física do indivíduo, como outros atentados que estão dispostos nos artigos 3º e 4º, da Lei nº 13.869/19 (Cosenza, 2019).

O Artigo 23 do Código Penal e o artigo 42 do Código Penal Militar estabelece as “excludentes de ilicitude”, ocorre quando não se configura crime, mas o agente é responsabilizado pelo excesso, ou seja, quando o policial pode fazer ou não o uso da força física para cumprir seu dever legal, é necessário averiguar se a situação, se por um exemplo, for caso de resistência armada a uma abordagem, a lei protege, nos limites da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal. De acordo com a legislação penal, quando o agente da segurança pública emprega a força para cumprir suas funções, os mesmos estão resguardados pelo “estrito cumprimento do dever legal” quando ao agir o a conduta de força ilegal. As condutas que excederem quaisquer pratica autorizada pela legislação penal, será considerada ilegal e poderá ser gerado denúncia através das corregedorias dos órgãos policiais.

O problema consiste em averiguar como o agente fez o uso da força física, se realmente usou o excesso, mas, de acordo com o que a lei permite ou excedeu os limites legais, de acordo com muitos casos de violência policial é o que legitima a ação policial e a diferencia das ações criminosas cometidas por bandidos.

As policias militares e civis possuem as corregedorias com o intuito de receber denúncias e conseqüentemente corrigir as más ações policiais investigando crimes e infrações administrativas praticadas pelos mesmos. A PM por ser a polícia que tem maior convívio com a população gerando os maiores números de abordagens no Brasil é também reconhecida por ser a que mais registra a pratica de abuso, apenas no Estado de São Paulo em 2019 foram registradas cerca de 848 denúncias contra policiais, foram 714 denúncias apenas contra PMs (84,5%) e 113 contra policiais civis (11,3%) (UOL,2020).

Após os autos índices de denúncias alguns Estados tomaram atitudes para que a violência institucional pudesse de alguma forma ser controlada, em São Paulo por exemplo, o Deputado Jorge Caruso do PMDB foi autor do projeto de Lei 578/2016 na qual determinava a implantação do uso de câmeras para realizar a captura de vídeo e áudio nas abordagens e assim proteger os direitos individuais da sociedade no Estado de São Paulo. Em 2020 o governo do Estado retomou o investimento nos equipamentos tecnológicos para dar transparência às ações policiais. Assim, as medidas adotadas além de fiscalizar as condutas ilegais dos policiais também têm o objetivo de registrar os atos de violências

contra os agentes, que muitas vezes causam o descontrole dos agentes para agirem com excesso.

O Rio de Janeiro, Estado este que concentra um dos maiores números de vítimas das intervenções do país, teve como forma de controle no período da pandemia uma ação ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) conhecida como Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635, com a pretensão de que fossem reconhecidas e sanadas graves lesões a preceitos fundamentais constitucionais, decorrentes da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro marcada pela "excessiva e crescente letalidade da atuação policial". (MPRJ, 2021).

Ambas ações tem o intuito de diminuir os casos de violência nas ações policiais, controlando condutas ilegais e analisando o que deve ser melhorado nas instituições que formam o policial, dando ênfase na importância do aprendizado sobre a garantia dos direitos humanos e do controle da criminalidade sem que a população em geral se sinta ameaça pelos agentes.

## **6 CONCLUSÃO**

Com base no que foi apresentado, os agentes de segurança pública têm a exclusiva responsabilidade de garantir o direito de segurança da sociedade, sem qualquer distinção ou violação com a dignidade humana.

Com os autos índices de excessos provocados nas intervenções policiais, os moradores de periferias lidam com dois tipos de medo, o medo da criminalidade bastante persistente nesses locais e ainda o medo dos policiais que deveriam dar a essas pessoas a confiança de estarem sido protegidas pelos mesmos. Neste caso, os resultados começaram a ser positivos desde a aplicação da ADPF no RJ que limitou as operações policiais nas comunidades, as mortes tiveram uma queda de 31,8%.

A implementação do uso de câmeras pelos agentes em SP também demonstrou eficácia fazendo que o número de letalidade diminuísse muito em relação aos anos anteriores, em outros Estados brasileiros em que o uso já havia sido testado os números registrados também demonstraram melhora tanto quanto o comportamento dos policiais quanto ao comportamento da população com a polícia.

Pequenas mudanças no pensamento da própria sociedade podem ocasionar a melhoria do sistema, como por exemplo, de acordo com doutrinadores, o problema de os perfis das vítimas serem a maioria jovens negros, pode ser considerado um problema estrutural, pois, a sociedade em si demonstra ser preconceituosa, sendo eles moradores

ou não de periferias, os policiais ao iniciar a carreira já entram nos órgãos com esse preconceito generalizado e acabam transmitindo para a sua prática profissional.

O fato da desmilitarização das PMs é um dos assuntos mais discutidos nos Tribunais Superiores e instituições policiais, como forma de controlar tais violências, pois ocorrendo a unificação da civil com a militar ou agentes militares não seriam tão influenciáveis pelas condutas da época da ditadura, espera-se que os órgãos e agentes passassem por um processo de redemocratização, ou seja, se aperfeiçoar para agir de modo legítimo na sociedade, já que a sociedade atual não é mais como a de antigamente.

Dessa forma, conclui-se que as propostas de controle são formas de os Estados diminuir os casos de violência, o assunto ainda é passível de aprimoramento, mesmo com os resultados positivos das mudanças ainda há muito o que se fazer para que a sociedade não sinta de forma alguns seus direitos violados pelos agentes e volte a ter total confiança na segurança gerada pelos agentes.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Alex. **Estrutura e Individuo: Uma Análise Dialética da Segurança Pública no Brasil**. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/noticia/uma-analise-dialetica-da-seguranca-publica-no-brasil-por-alex-agra.2016>. Acesso em 11 de novembro de 2021.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. 2020. Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2021.

BATISTA, Ridjalva Dantas. **Crime de Abuso de Autoridade na atuação dos agentes de Segurança Pública “Polícia Militar” 2019**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crime-de-abuso-de-autoridade-na-atuacao-dos-agentes-de-seguranca-publica-policia-militar/>>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República federativa do Brasil**. Brasília, DF.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: 17 de junho de 2021.

BRASIL. **Código Penal Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 14 de junho de 2021.

Brasil. **Lei Federal nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. **A história da polícia no Brasil: balanço e perspectiva**. Rio de Janeiro. Scielo.2013.

COTTA, Francis Albert. **Olhares sobre a polícia no Brasil: A construção da ordem imperial numa sociedade mestiça**. Fênix- Revista de história e estudos culturais, volume 6, n.2, p.1-19, 30 de junho de 2009.

DELFINO, Igor de Carvalho. **Abordagem policial e abuso de autoridade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56333/abordagem-policial-e-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: 09 de julho de 2021.

FERNANDES, M; LOPES M; SOARES S.P. **Considerações sobre as vidas dos moradores das favelas e a ADPF 635**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/escritos-mulher-direito-vida-moradores-favelas-adpf-635>>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

FILHO, Lister Caldas Braga, **Ministério Público e câmeras de monitoramento em viaturas e coletes da Polícia Militar: breves considerações para o aprimoramento do sistema de segurança pública**, 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/27/ministerio-publico-e-cameras-de-monitoramento-em-viaturas-e-coletes-da-policia-militar-breves-consideracoes-para-o-aprimoramento-sistema-de-seguranca-publica/>>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

G1, Datafolha aponta que 51% dos brasileiros têm medo da polícia e 47% confiam nos policiais. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/11/datafolha-aponta-que-51percent-dos-brasileiros-tem-medo-da-policia-e-47percent-confiam-nos-policiais.ghtml>>. Acesso em: 09 de novembro de 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Jair Fontes de. **A dignidade da pessoa humana e o crime de racismo 2015**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9346/A-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-crime-de-racismo>>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional: Alexandre de Moraes**. v.13. ed.- São Paulo, SP: Atlas, 2003. p. 4.

NASSARO, Adilson Luís Franco. **Abordagem policial: busca pessoal e direitos humanos.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18314/abordagem-policial-busca-pessoal-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 09 de julho de 2021.

NEME, Cristina. **A Instituição Policial na Ordem Democrática: O caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo.** Disponível em: <<https://nev.prp.usp.br/publicacao/a-instituio-policial-na-ordem-democrtica-o-caso-da-polcia-militar-do-estado-de-so-paulo/>>. Acesso em: 05 de novembro de 2021.

OLIVEIRA, B; FIGUEIREDO, C; BORGES, D; GONÇALVES, R. **O Direito e a Violência Policial.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/o-direito-e-a-violencia-policial>>. Acesso em: 14 de junho de 2021.

OLIVEIRA, Renato Alves de. **A dimensão teológico-cristã da pessoa humana.** Revista Horizonte. Belo Horizonte. 08 de jun. de 2016. v. 14, n.42, p.558.

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Relatório mundial sobre a violência e saúde.** Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/04/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2021.

SARLET, I, W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, G; OLIVEIRA, P; LIMA, R: **Segurança pública e ordem pública: apropriação jurídica das expressões à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátrias.** Disponível em: <[https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/renato\\_s\\_de\\_lima\\_seguranca\\_publica\\_e\\_ordem\\_publica\\_apropriacao\\_juridica.pdf](https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/renato_s_de_lima_seguranca_publica_e_ordem_publica_apropriacao_juridica.pdf)>. Acesso em: 05 de novembro de 2021.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal.** 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

SOUZA, Isabela. Polícia Militar: entenda a sua atuação. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/policia-militar/>>. Acesso em: 09 de novembro de 2021.

VALENTE, Julia. **“Polícia militar” é um oxímoro: a militarização da segurança pública no Brasil.** Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/2646>>. Acesso em: 05 de novembro de 2021.



## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**ANDRÉ FUREGATE DE CARVALHO:**

Mestrando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Pós-Graduado em Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas – São Paulo (FGV-SP); Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Advogado Sócio de Cortez Furegate Sociedade de Advogados.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça que tratam sobre a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Inicialmente, após uma breve introdução sobre o tema, será exposta a constrição doutrinária e jurisprudencial da teoria com o decorrer do tempo. Passado esse ponto serão feitas algumas breves considerações sobre o trabalho do advogado no território brasileiro. Por fim, serão analisamos de forma minuciosa os casos que trataram sobre a matéria em âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com ênfase nos principais esclarecimentos tratando sobre a teoria da perda de uma chance. Ao final, são expostas as conclusões da comparação dos julgados da Corte Superior com os aspectos doutrinários.

**Palavras chaves:** Direito Civil; Responsabilidade Civil; Perda de Uma Chance, Superior Tribunal de Justiça.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the judgments of the Superior Court of Justice that deal with the civil liability of the lawyer for the loss of a chance. Initially, after a brief introduction to the theme, the doctrinal and jurisprudential construal of the theory over time will be exposed. After this point, some brief considerations will be made about the work of lawyers in Brazil. Finally, we will thoroughly analyze the cases that have dealt with the matter at the Superior Court of Justice, with emphasis on the main clarifications dealing with the theory of loss of a chance. At the end, the conclusions of the comparison of the judgments of the Superior Court with the doctrinal aspects are exposed.

**Keywords:** Civil Law; Civil Liability; Loss of a chance; Superior Court of Justice.

### **1.INTRODUÇÃO**

O Brasil se trata de um dos países mais litigantes do mundo, possuindo atualmente, de acordo com o último relatório "*Justiça em Números*" do CNJ309, mais de 75.000.000 (setenta e cinco milhões) de processos ativos em tramitação. Sabe-se que essa litigiosidade judicial está efetivamente inserida no contexto cultural da sociedade, o que é motivo de muita discussão e fundamenta diversos movimentos favoráveis à adoção de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Talvez como uma das consequências da consciência da cultura da judicialização de conflitos, o Brasil possui mais de 1.500 (mil e quinhentos) faculdades de direito em seu território nacional<sup>310</sup> e se apresenta como um dos países que mais possuem advogados no mundo<sup>311</sup>.

Julgamento de valores quanto à qualidade de ensino de instituições superiores de ensino a parte, é certo que a existência das instituições em excesso, juntamente com a saturação do mercado de trabalho, causa preocupação àqueles que são beneficiados com a prestação dos serviços dos profissionais, já que o cenário torna cada vez mais possível que a negligência e a dissidia dos profissionais prejudiquem eventuais clientes.

Tratando sobre o trabalho do advogado envolvendo causas contenciosas, especificamente, em razão da existência, em regra, de partes no polo oposto e, ainda, de um julgador que será o responsável pela decisão final do caso, é certo que o trabalho do advogado responsável vai intervir diretamente no resultado da decisão.

---

309 "Em meio a adaptações e mudanças provocadas pela pandemia da Covid-19, a Justiça brasileira não parou, mantendo o atendimento às demandas da sociedade principalmente pela via eletrônica, e recebeu 25,8 milhões de novos processos em 2020. Também foram baixados 27,9 milhões de casos ao longo do ano passado, sobretudo de maneira virtual e remota, culminando em um estoque pendente de 75,4 milhões de processos." **Justiça em Números 2021: Judiciário manteve serviços com inovação durante a pandemia. CNJ.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia/#:~:text=Ao%20todo%2C%20foram%20recebidos%2021,dos%20processos%20j%C3%A1%20ingressam%20eletronicamente>>. Acesso em 05/12/2021

310 Exame da Ordem em Números: "O Brasil é o país com maior número de faculdade de Direito no mundo e contava, em 2018, com 1.502 cursos para formar bacharéis na área. O aumento foi vertiginoso ao longo dos últimos 20 anos – em 1995, eram apenas 235 cursos os de Direito, o que significa que ao longo de 23 anos o crescimento foi de 539%." Disponível em <<https://www.jota.info/carreira/brasil-tem-mais-de-1-500-cursos-de-direito-mas-so-232-tem-desempenho-satisfatorio-14042020>>. Acesso em 05/12/2021

311 Fl. 14: "O número de advogados para cada grupo de 100 mil habitantes no Brasil é o 5º maior entre os 42 países comparados. Enquanto a média nos países que compõem a lista é de 168 advogados por mil habitantes, no Brasil essa relação é de 330,4." Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso em 05/12/2021

A falta de comprovação do pagamento de uma taxa judiciária, o protocolo de uma peça processual fora do prazo, a ausência de interposição de um recurso e, até mesmo, a orientação estratégica equivocada – alguns exemplos meramente ilustrativos –

podem ser fatores extremamente decisivos na decisão em total prejuízo ao cliente.

Nesse contexto, considerando que as falhas citadas no parágrafo anterior sejam tratadas como eventuais atos ilícitos do profissional, muito se discute sobre a possibilidade do cliente prejudicado pleitear o recebimento de indenização pelos danos causados.

Assim, nesse breve contexto, algumas dúvidas surgem: seria possível falar em indenização pela impossibilidade de seguir com determinado caminho no processo buscando sua tutela jurisdicional em razão da falha na prestação dos serviços? No contexto de um equívoco ou de um ato falho do patrono responsável pelos interesses do cliente, é possível falar em indenização? O dano seria presumido? Pode-se falar que o cliente está obrigatoriamente prejudicado em razão da dissídia ou negligência do advogado? Obrigatoriamente tratamos de um dano? Como indenizar nesse caso?

Algumas respostas das perguntas aparecem no decorrer do presente trabalho e, como será explicado de forma mais detalhada nos próximos parágrafos, é justamente nesse contexto que surge a "*teoria da perda de uma chance*", desenvolvida a partir da doutrina e da jurisprudência dos países europeus com o decorrer dos anos.

Apesar da sua recepção levemente tardia em território nacional, com o passar dos anos, a teoria foi amadurecendo e, atualmente, é possível observar diversos julgados tratando sobre o tema. Assim, guardado o desenvolvimento da teoria para tópico específico, no presente momento importa saber que os tribunais brasileiros passaram a aceitar pedidos de indenização pela perda de chances, sendo certo que a aplicação da teoria está efetivamente presente no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Por esse motivo, de forma breve e objetiva, é objetivo do presente trabalho analisar as principais decisões colegiadas envolvendo a teoria da perda de uma chance nos casos envolvendo a responsabilidade civil dos advogados no Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, em razão da complexidade e profundidade da matéria, serão tecidos os principais esclarecimentos sobre aspectos teóricos e doutrinários da teoria, partindo, de forma breve, de seu nascimento até sua atual situação no Brasil.

Após esse ponto, serão expostos os principais pontos sobre a responsabilidade civil e os deveres do advogado em juízo para, posteriormente, analisar as principais

decisões na Corte Superior. Ao final serão relatadas as principais conclusões extraídas do estudo.

## 1.A PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance surgiu a partir do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, principalmente a partir de casos analisados dos ordenamentos jurídicos da Europa, tratando-se de uma consequência da própria responsabilidade civil contemporânea.

Citando Couto e Silva, Rafael Peteffi da Silva, grande estudioso sobre a teoria de uma chance, defende que o primeiro caso existente na jurisprudência francesa trata sobre caso em que a Corte de Cassação aceitou o pedido de indenização de demandante prejudicado pela atuação falha de um oficial ministerial.<sup>312</sup> *Porém, apesar da corrente majoritária nesse sentido*<sup>313</sup>, a questão não é pacificada na doutrina, sendo possível observar a indicação de diversos casos na corte francesa como o caso “paradigma” em relação à teoria.

*François Chabas, citado por Alessandra Furlan*<sup>314</sup>, defende que o primeiro caso tratando sobre o tema tratou de negligência de oficial notário que causou a perda de compra de bem imóvel por casal. Em outro sentido, Janaina Rosa Guimaraes<sup>315</sup>, mais um

---

312 DA SILVA, Rafael. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, 3ª edição. Grupo GEN, 2013, p. 11.

313 Citando Geneviève Viney e Patrice Jourdain: Relatam as autoras que: “Ce mouvement, commencé à la fin du siècle dernier, n’a cessé de s’amplifier. L’exemple le plus ancien est fourni par un arrêt du 17 juillet 1889 qui a accepté d’indemniser la perte, provoquée par la faute d’un officier ministériel, de la possibilité de poursuivre une procédure et, par conséquent de gagner un procès. Or, depuis cet arrêt, la Cour de cassation a eu fréquemment l’occasion d’approuver des condamnations prononcées sur ce fondement, notamment contre des auxiliaires de justice (avocats ou avoués)”. Tradução livre: Esse movimento, iniciado no fim do século passado, não parou de crescer. O exemplo mais antigo foi oferecido por um julgado de 17 de julho de 1889, que aceitou indenizar a perda, provocada pela culpa de um oficial ministerial, da possibilidade de seguir um procedimento e, por consequência, de ganhar um processo. Entretanto, depois deste julgado, a Corte de Cassação teve frequentemente a oportunidade de aprovar as condenações pronunciadas com esse fundamento, particularmente contra os auxiliares da justiça (advogados ou solicitadores). AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** – Os (Des)caminhos de uma compreensão teórica. Scientia Iuris, Londrina, v.18, n.2, p.93-123, dez.2014..

314 FURLAN, Alessandra Cristina. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 10. ano 4. p. 119-149. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2017, p. 4.

315 GUIMARÃES, Janaína Rosa. Perda de uma chance. Considerações acerca de uma teoria. Rio de Janeiro, 2015. Apud CARVALHO, Geovana Ferreira De. **Teoria Da Perda De Uma Chance E A Responsabilidade Civil Do Advogado**. 2020.

*exemplo meramente ilustrativo, entende que a primeira decisão no Tribunal tratou de uma questão envolvendo possível erro médico:*

*(...) a decisão que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964. O caso narrou a acusação e posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido a verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, considerado desnecessário o procedimento que adotava, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto. Assim a corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências – a invalidez do menor – não se podia estabelecer de modo preciso um nexos de causalidade. A Corte de Cassação assuntou que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir a responsabilidade. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido a chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos....*

*É pacífico na doutrina que o primeiro caso reconhecido foi o “Chaplin vs. Hicks”, que ocorreu na Grã-Bretanha. Tal caso tratou do processo envolvendo um concurso de beleza, no qual uma das concorrentes perdeu a chance de ganhar a premiação em razão da carta para comparecimento à fase final não ter sido devidamente encaminhada ao seu endereço. 316*

Alguns esclarecimentos interessantes sobre o caso: pela primeira vez, em razão da perda de chance, foi realizado cálculo matemático estatístico para apurar o *quantum* indenizatório. Em razão da existência de 12 (doze) prêmios e 50 (cinquenta) competidoras, os julgadores entenderam que o valor devido à autora seria de 25% (vinte e cinco por cento) e, conseqüentemente, o valor proporcional da indenização não poderia ultrapassar esse valor. 317

*Já no caso Falcon v. Memorial Hospital, outro emblemático caso que ocorreu nos Estados Unidos, uma gestante deu entrada como paciente em hospital para parir e faleceu,*

---

316 FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 10. ano 4. p. 119-149. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2017, p. 3.

317 DA SILVA. Rafael. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição**. Grupo GEN, 2013, p. 11.

*em decorrência de embolia pelo fluido amniótico. Nesse cenário, a família ajuizou ação indenizatória objetivando a reparação pelos danos causados já que, supostamente, houve atividade negligente do médico responsável pelo parto. O Suprema Corte de Michigan, nos Estados Unidos, concedeu a reparação. 318*

*No estudo da matéria, em razão da ausência de legislação expressa sobre o tema, por se tratar do desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, entendendo-se uma consequência da leitura sistemática dos artigos que tratam sobre a responsabilidade civil, em especial os artigos 186 e 927 do Código Civil. É possível observar diversos exemplos além dos citados até o presente momento:*

*Como exemplos clássicos dos prejuízos atuais têm-se os casos de jogos de azar, como na hipótese do cavalo de corrida que é impedido de correr e perde a chance de ganhar um prêmio, ou os vasos de perda de uma chance em matéria contenciosa, como na atitude culposa de um advogado que perde o prazo de recurso de apelação e faz com que seu cliente não tenha a chance de ver o seu direito reconhecido na instância superior. 319*

*Por mais distantes e com narrativas fáticas distintas que pareçam, todos os exemplos possuem um elemento comum e essencial para análise da conceituação exposta pela doutrina: a possibilidade, expectativa futura e real, da parte efetivamente ganhar algo em seu benefício.*

*A análise dos exemplos dados tem o condão de descortinar as características clássicas das hipóteses de utilização da teoria da perda de uma chance. Assim, será sempre possível observar, em casos de responsabilidade pela chance perdida, uma "aposta" perdida por parte da vítima. Tal aposta é uma possibilidade de ganho; é a vantagem que a vítima esperava auferir, como a procedência da demanda judicial, a obtenção do primeiro prêmio da corrida de cavalos, ou a sobrevivência no caso do parto. Outra característica igualmente importante e essencial para diferenciar a chance perdida com outras espécies de dano é a total falta de prova de vínculo causal*

---

318 DA SILVA. Rafael. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição.** Grupo GEN, 2013, p. 12.

319 DA SILVA. Rafael. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição.** Grupo GEN, 2013, p. 12.

*entre a perda dessa aposta e o ato danoso, pois a aludida aposta é aleatória por natureza. 320*

*O mesmo autor, em obra distinta dessa vez, aprofunda a conceituação sobre a perda de uma chance:*

*"(...) não podemos afirmar que o ato culposo do ofensor foi a causa necessária para a perda do resultado pretendido pela vítima, visto que o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida, ou se a gestante permaneceria viva, é bastante incerto, cercado por fatores exteriores múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial e as misteriosas características das enfermidades. Entretanto não podemos negar que houve um prejuízo, tendo em vista que o demandante perdeu a chance de ganhar o prêmio, e a gestante perdeu a chance de continuar viva, ou seja, o resultado da aposta nunca será conhecido por causa da conduta culposa do ofensor. É este prejuízo que a teoria da perda de uma chance visa indenizar. 321*

Assim, é possível conceituar o instituto como: "O significado jurídico da perda da chance traduz-se na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso." 322 No mesmo sentido:

A palavra chance traduz a ideia de oportunidade, de probabilidade, de possibilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. É permeada pela incerteza, mas contém a esperança, o desejo da realização de um evento futuro. O direito reconhece um valor à sua existência, mesmo na presença da álea, razão pela qual ninguém contesta a venda dos bilhetes de loteria ou a prática dos seguros. Em sentido jurídico, ocorre a denominada perda de uma chance quando, em virtude da conduta do agente, desaparece a

---

320 DA SILVA, Rafael. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição**. Grupo GEN, 2013, p. 12.

321 SILVA, R. P. (2009). A Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas. Em GONÇALVES, Guilherme Henrique Dolfini. **A responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance**. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5535/1/20869066.pdf>.

322 AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Os (Des)caminhos de uma compreensão teórica**. Scientia Iuris, Londrina, v.18,n.2,p.93-123, dez.2014, pg 106.

probabilidade de advir evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima. Instala-se uma situação inicial em que a pessoa se apresenta como detentora da oportunidade de obter algo. O processo está em curso e existe a expectativa de ganho. O fato antijurídico interrompe o citado processo e a perspectiva é irremediavelmente destruída. 323

Rafael Peteffi da Silva também classifica a perda de uma chance em dois grupos, sendo que um é relacionado ao próprio dano causado e outro é relacionado ao nexo de causalidade, apresentado os conceitos com distinção. De qualquer forma, para fins do presente trabalho, o que resta incontroverso é que a chance perdida deve ser efetivamente real e séria e os danos indenizáveis devem ser efetivamente prováveis e não meramente hipotéticos.

A chance perdida deve ser 'séria', ou 'real e séria'. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria." 324

E, nesse ponto, reside uma das maiores dúvidas da matéria: "O que se trata de uma chance séria e real?"

A jurisprudência francesa estipula dois critérios para tanto: as probabilidades, ou chances concretas; e a prova do interesse daquele que foi prejudicado, ou seja, tudo o que fez para alcançar o resultado que foi "perdido". 325

Tratando sobre o trabalho do advogado, que é objeto do presente estudo, a resposta se torna ainda mais complexa, já que, em regra, o trabalho do profissional é de meio e não de fim.

## 2.0 TRABALHO DO ADVOGADO

O exercício da advocacia é previsto na Constituição Federal como essencial para a justiça e é regulamentado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados Brasileiros ("OAB"), Lei nº 8.906/94. A legislação em questão trata de forma expressa em seus artigos 32326 e

---

323 FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 10. ano 4. p. 119-149. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2017, p. 5.

324 KFOURI NETO, Miguel, 2002, p. 111. Em DA SILVA. Rafael. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição**. Grupo GEN, 2013, p. 193.

325 FURLAN, Alessandra Cristina. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 10. ano 4. p. 119-149. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2017.

326 Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.



33327 sobre a responsabilidade civil. Assim, além dos artigos 186328 e 927329 do Código Civil, os artigos supracitados também determinam que o advogado responda pelos danos causados.

Sabendo que a atividade do advogado no mundo do contencioso, durante disputas litigiosas, usualmente, apresenta uma parte contrária – que possivelmente vai apresentar tese contrária à pretensão defendida – e, ainda, um julgador – que pode decidir o caso a partir do seu livre convencimento e de suas próprias convicções, é possível concluir que o trabalho do advogado trata de meio e de não de fim, já que, muitas vezes, não é possível prometer efetivamente um resultado.

O que deve o profissional prometer é a melhor prestação dos serviços jurídicos, comprometendo-se a seguir com rigor e zelo os aspectos práticos e técnicos da defesa, sendo completamente inviável que se prometa o resultado almejado já que, em regra, a conclusão não vai depender, única e exclusivamente, do seu trabalho.

Cavaliere Filho<sup>330</sup> trata sobre a responsabilidade de meio do advogado, como pode ser observado a seguir:

“Não é obrigado o advogado a aceitar o patrocínio da causa, mas, se firmar contrato com o cliente, assume obrigação de meio, e não de resultado, já que não se compromete a ganhá-la, nem a absolver o acusado. A obrigação é defendê-lo com o máximo de atenção, diligência e técnica, se qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa.

Assim, apesar de não ser possível prometer determinado resultado, restando certo na doutrina que se trata de obrigação de meio, o profissional deve se comprometer a exercer, com zelo e atenção, o seu trabalho de forma diligente:

“O advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato (...). Mais severamente aplica-se ao mandatário judicial, em cujo zelo e dedicação o cliente confia seus direitos e interesses, e até sua liberdade pessoal. Aceitando a causa, deve nela empenhar-se, sem contudo deixar de atentar em que sua conduta é

---

327 Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

328 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

329 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

330 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas. 2012.

pautada pela ética de sua profissão, e comandada fundamentalmente pelo Estatuto da Ordem dos Advogados (...)" (Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 161). – Pegar referência do vigésimo caso

Para fins do presente trabalho importa notar, única e exclusivamente, que o representado confia no trabalho e no ofício do advogado, sendo que o sucesso de sua atuação vai depender do atendimento de acordo com as determinações legais: respeito aos prazos processuais, respeito aos aspectos burocráticos e administrativos do processo, como pagamento de taxas judiciárias e organização de documentos, e respeito à legislação em vigência.

Assim, mesmo que a atividade seja considerada de meio, sendo, em regra, impossível prometer o resultado final, espera-se minimamente a atuação zelosa e diligente do profissional. Por esse motivo, em eventual falha ou eventual ato ilícito causado por dissídia ou negligência do profissional, pode-se falar em indenização pelos danos causados e pela perda de uma chance, como será detalhadamente exposto no decorrer do próximo tópico.

### 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS CASOS NO STJ

Para a análise do presente trabalho foram considerados 20 (vinte) acórdãos encontrados na pesquisa jurisprudencial do *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça ("TJ/SP") no dia 5 de dezembro do presente ano (**05.12.2021**) a partir de busca das palavras: "Responsabilidade Civil", "Perda de uma Chance" e "Advogado", nos moldes da tabela meramente ilustrativa a seguir, que é dividida por ordem cronológica, com os julgados mais recentes em primeiro lugar:

	<b>Data de Julgamento</b>	<b>Recurso</b>	<b>Número</b>	<b>Turma</b>	<b>Relator(a)</b>
<b>1</b>	07/06/2021	AgInt no AREsp	1538774 / SP (2019/0201664-8)	Quarta Turma	Raul Araújo
<b>2</b>	16/03/2021	Resp	1622450 / SP (2016/0039415-4)	Terceira Turma	Ricardo Villas Bôas Cueva
<b>3</b>	24/08/2020	AgInt no AREsp	576679/PR (2014/0218149-3)	Quarta Turma	Maria Isabel Gallotti

<b>4</b>	10/03/2020	AgInt no AREsp	1492872/PR (2019/0117898-9)	Quarta Turma	Maria Isabel Gallotti
<b>5</b>	04/02/2020	AgInt nos Edcl no AREsp	1455532/SP (2019/0051263-4)	Segunda Turma	Mauro Campbell Marques
<b>6</b>	17/12/2019	AgInt no AREsp	1333056/PR (2018/0185067-5)	Quarta Turma	Raul Araújo
<b>7</b>	25/06/2019	AgInt nos Edcl no AREsp	1406323/SP (2018/0314165-9)	Quarta Turma	Raul Araújo
<b>8</b>	16/05/2019	AgInt no AREsp	878524/SP (2016/0059646-8)	Quarta Turma	Antonio Carlos Ferreira
<b>9</b>	09/10/2018	Resp	1758767/SP (2014/0290383-5)	Terceira Turma	Paulo de Tarso Sanseverino
<b>10</b>	24/04/2018	AgInt no AREsp	1213438/SP (2017/0307217-8)	Terceira Turma	Ricardo Villas Bôas Cueva
<b>11</b>	19/10/2017	AgInt nos Edcl no Resp	1145118/SP (2009/0184568-1)	Quarta Turma	Marco Buzzi
<b>12</b>	11/02/2014	AgRg no AREsp	81821/RS (2011/0200523-8)	Terceira Turma	João Otávio de Noronha
<b>13</b>	03/10/2013	REsp	1244685/SP (2010/0162509-0)	Quarta Turma	Luis Felipe Salomão
<b>14</b>	07/05/2011	AgRg no Ag	1106066/RS (2008/0227975-5)	Terceira Turma	Ricardo Villas Bôas Cueva
<b>15</b>	23/04/2013	Edcl no Resp	1321606/MS (2011/0237328-0)	Quarta Turma	Antonio Carlos Ferreira
<b>16</b>	21/02/2013	AgRg no Resp	1149718/MT (2009/0138419-8)	Quarta Turma	Antonio Carlos Ferreira
<b>17</b>	02/10/2012	Resp	1210732/SC (2010/0155558-9)	Quarta Turma	Luis Felipe Salomão
<b>18</b>	27/03/2012	Resp	993936/RJ (2007/0233757-4)	Quarta Turma	Luis Felipe Salomão

<b>19</b>	16/11/2020	Resp	1190180/RS (2010/0068537-8)	Quarta Turma	Luis Felipe Salomão
<b>20</b>	11/11/2018	Resp	1079185/MG (2008/0168439-5)	Terceira Turma	Nancy Andrighi

Inicialmente, analisando os dados extraídos com a pesquisa, nota-se que o número de casos tratando sobre a matéria aumentou com o decorrer dos anos, já que houve a crescente incidência de tramitação de recursos sobre o tema.

Assim, de forma breve, apenas objetivando a extração dos principais pontos em relação à doutrina apresentada no tópico anterior, passa-se a realizar um breve resumo de cada caso com o foco nos esclarecimentos e nos aspectos da teoria da perda de uma chance.

O primeiro Recurso<sup>331</sup> trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão em Agravo em Recurso Especial objetivando a reforma de Acórdão que manteve Sentença de improcedência em ação indenizatória por danos decorrentes do exercício profissional da advocacia por, supostamente, permitir que reclamação trabalhista fosse extinta.

Apesar da insistência dos recorrentes quanto à existência de negligência pelas advogadas, resta expresso na decisão que o acórdão *a quo* deixa claro que não restou comprava a dissidia das profissionais contratadas, sendo que seria dever do cliente fornecer os documentos necessários para o advogado exercer sua função e para que a reclamação trabalhista tivesse seu regular seguimento.

Além disso, também não teria restado comprovado que os autos da reclamação trabalhista, ação de responsabilidade das advogadas, teria ficado um ano em carga com as profissionais, o que possivelmente justificaria a dissidia ou negligência que se objetivava sustentar. Nesse sentido, a decisão considerou não existirem elementos para que fosse reconhecida a perda da chance.

O pedido também foi negado levando-se em consideração a inexistência de elementos que efetivamente comprovassem as chances sérias e reais de êxito na ação, um dos requisitos necessários para que a responsabilidade civil pela perda de uma chance seja caracterizada. A nova análise dessas provas não é permitida em sede de Recurso Especial, em atenção à Súmula 7 e, por esse motivo, entendeu a decisão que o Recurso Especial não deveria ser provido.

331 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 1538774/SP (2019/0201664-8), Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 07/12/2021.

Sobre a questão, um ponto interessante: o Tribunal expressa de forma enfática e bastante rigorosa o entendimento no sentido de que a chance a ser indenizada deve ser, efetivamente, real e séria. Não havendo prova nesse sentido, incabível a condenação.

O segundo Recurso<sup>332</sup> trata de Recurso Especial. Sob relatoria do i. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o acórdão analisou questão envolvendo prescrição da pretensão de exigir o ressarcimento de danos em caso de ação indenizatória por perda de uma chance nos casos de serviços advocatícios.

Em razão da questão envolver o dever de indenizar ter sido acobertada pela coisa julgada, a discussão girou exclusivamente em torno da prescrição. Enquanto uma parte defendia o termo inicial do prazo prescricional na data em que ocorreu a negligência do advogado, no caso, especificamente, na data em que teria deixado de protocolar um Recurso de Agravo de Instrumento, a outra parte defendia o início do termo inicial do prazo para se contar a prescrição a partir do fim da relação contratual havida entre as partes.

Após tecer as considerações sobre a prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, a decisão entendeu ser cabível ao caso a teoria da *actio nata*, que defende, de maneira geral, o início do prazo prescricional com o conhecimento integral do dano causado. Isso porque, como resta detalhadamente expresso na decisão, “a relação entre advogado e cliente se baseia na confiança recíproca e na legítima expectativa de que o profissional defenderá com zelo o mandato que lhe foi outorgado, (...), motivo pelo qual não se pode exigir do outorgante o conhecimento de eventual erro ou da negligência do patrono (outorgado) durante a tramitação do processo.”.

Sendo assim, a decisão considerou que apenas com o fim da relação contratual, momento em que o cliente poderia ter integral ciência da atuação do advogado, é que o prazo prescricional começa a fluir. Por esse motivo, foi negado provimento ao Recurso Especial em razão da pretensão não estar prescrita.

Interessante analisar outros pontos também levantados pela decisão: restou expresso que, caso não houvesse o fim do contrato entre as partes, existe decisão da Corte no sentido de que os danos causados pela má atuação do profissional do direito apenas se consolidam, efetivamente, com o trânsito em julgado da ação, momento em que seria iniciado o prazo prescricional para postular eventual ressarcimento.

---

332 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1622450/SP (2016/0039415-4), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 16/03/2021.

Fora da matéria em debate, também restou expresso que o prazo prescricional aplicável ao caso seria o decenal e não o trienal, nos moldes do artigo 205 da legislação civil.

O acórdão do terceiro Recurso<sup>333</sup> da tabela trata sobre Agravo Interno em Recurso Especial. Sustentou a parte agravante nulidade da decisão que condenou o escritório de advocacia ao pagamento de indenização por suposta atuação negligente em razão da sentença ser extra petita. Devidamente processado o feito, a decisão expressou que não houve qualquer inovação na causa de pedir.

Restou expresso que a Corte possui entendimento pela possibilidade de interpretação lógico-sistemática da petição inicial para que pedidos implícitos sejam reconhecidos. Para fins do presente estudo, importante notar que restou expresso que a teoria da perda de uma chance “mais se assemelha à técnica de quantificação dos danos sofridos do que um pedido propriamente dito.”

Por fim, em razão de matéria processual (especificamente a incidência da Súmula 283 e 284 do STF com a ausência de confronto e efetiva fundamentação aos supostos dispositivos violados) e a Súmula 5 e 7 do STJ, o Recurso Especial não foi analisado. Por esse motivo, foi negado provimento ao agravo interno.

O quarto acórdão foi proferido nos autos de Agravo Interno interposto em sede de Agravo em Recurso Especial. Do teor do acórdão é possível observar que a indenização é perseguida em razão de supostos prejuízos após um patrono deixar de interpor recurso em ação tratando sobre direito de marcas. Restou expresso na decisão que o Tribunal *a quo*, após a análise dos elementos fático-probatórios, efetivamente constatou a falha na prestação dos serviços jurídicos do profissional.

Ocorre que, a indenização requerida com base na teoria da perda de uma chance foi negada por não ter sido comprovada, mesmo que minimamente, a probabilidade da parte vencer a ação. Restou expresso na decisão que a Corte possui o entendimento de que “nos casos de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico”.

---

333 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 576679/PR (2014/0218149-3), Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 24/08/2021.

Assim, “o fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso – como no caso em apreço –, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida”.

A revisão da pretensão em sede de Recurso Especial esbarraria na Súmula 7 do STJ, que não permite a reanálise de provas. Por esse motivo, de forma breve e objetiva, foi negado provimento ao Agravo Interno.

Ou seja, mais uma vez é possível analisar o entendimento da Corte Superior, em total consonância com o entendimento doutrinário exposto em tópico específico do presente trabalho, no sentido de que a chance a ser indenizada deve ser, efetivamente, séria e real.

O quinto caso<sup>334</sup> analisado pelo STJ, de relatoria do i. Ministro Luis Felipe Salomão, trata de Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial. Do julgado, é possível extrair que a decisão agravada analisou a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em razão de concessionária de energia ter interrompido o fornecimento de serviços sem aviso prévio, o que impossibilitou que a parte seguisse com a prestação de serviços, aparentemente jurídicos, para terceiros.

No caso em apreço, o acórdão recorrido demonstra que foi realizado pedido de indenização em razão de existência de cláusula contratual prevendo a possibilidade de majoração de remuneração inicial de R\$800,00 (oitocentos reais) semanais para R\$1000,00 (mil reais), a depender do desempenho da parte, que restou prejudicada com a interrupção do fornecimento de energia.

Ocorre que, como restou expresso na decisão “De fato, como bem consignou o magistrado sentenciante, improcede tal pedido reparatório, eis que a pretensão dos autores não constituía direito líquido e certo, o aumento era somente uma possibilidade, representando apenas mera expectativa de direito, sem certeza da chance perdida. [...]”

Por entender que existia apenas uma possibilidade de ganho, como exposto em outros acórdãos do presente trabalho e na parte doutrinária, não é possível se falar de chance séria e real de ganho. Na hipótese, de acordo com os documentos juntados no processo e analisados pelos julgadores responsáveis, o aumento da remuneração se trataria de mera possibilidade, expectativa futura completamente abstrata. A revisão do

---

334 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 1455532/SP (2019/0051263-4), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Turma, Brasília, Julgamento em 04/02/2020.

material fático-probatório, mais uma vez, seria impossibilitada em sede do Superior Tribunal de Justiça.

Apesar de entender pelo não cabimento do pedido de indenização pelos danos materiais, a decisão condenou a concessionária ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

O sexto caso<sup>335</sup> apresentado pela pesquisa jurisprudencial trata sobre possível indenização por perda de uma chance em razão de escritório modelo de universidade ter deixado de interpor recurso de apelação, ao arrepio do entendimento do cliente, o que supostamente causou a perda do direito de receber parcelas retroativas de benefício previdenciário pela parte.

Da análise do acórdão proferido em sede de Recurso Especial é possível observar que a ação foi inicialmente julgada parcialmente procedente e, posteriormente, foi reformada pelo Tribunal de Justiça, que julgou os pedidos iniciais improcedentes. De início, a decisão expressa “A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. Contudo, a teoria só pode ser aplicada diante de situação de real e séria possibilidade de êxito – o que não é o caso”.

Importante a análise da discussão existente no caso: apesar da sentença entender que “o requerente, portanto, sofreu dano material certo, deixou de receber o benefício doença”, na oportunidade da decisão colegiada, o Tribunal *a quo* entendeu pela inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao entender que não foi, efetivamente, demonstrada e comprovada e a real e séria possibilidade de vitória do recurso que deveria ter sido apresentado nos autos da ação previdenciária.

Enquanto o cliente sustentou a chance de provimento do Recurso em questão, o escritório modelo comprovou que a parte não fazia jus ao benefício e que, por não preencher um dos requisitos do benefício (especificamente, a falta de comprovação de que o cliente era portador da doença na data da realização da perícia, o que justificaria o pagamento do auxílio requerido), o recurso provavelmente não seria provido. Ou seja, adentrou-se à discussão: haveria chance real, séria e efetiva de ganho na causa?

A resposta, seguindo a jurisprudência no Tribunal, foi exatamente no sentido de que a mera possibilidade não é indenizada quando se trata da teoria da perda de uma chance. Por esse motivo, em especial a falta de comprovação dos requisitos necessários

---

335 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 1333056/PR (2018/0185067-5), Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 17/12/2019.



para provimento do suposto recurso, foi dado provimento ao Agravo Interno para conhecer o Agravo e negar provimento ao Recurso Especial.

O sétimo Recurso<sup>336</sup> analisado trata de Agravo Interno dos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial. O acórdão do Recurso em questão trata de matéria processual, em especial a impossibilidade de análise de provas.

Da análise do acórdão do Agravo em Recurso Especial, contudo, é possível observar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o contexto fático probatório da demanda, entendeu caracterizada a perda de uma chance com a condenação de advogado ao pagamento de indenização por danos morais por perda de uma chance em razão de ausência de interposição de ação revisional.

No caso tratou-se de indenização por dano moral e não por dano material. A decisão do MM. Juízo *a quo* entendeu pela possibilidade da condenação, já que restou efetivamente comprovado que o cliente tinha convicção que o advogado providenciou o necessário com o ajuizamento da ação e, inclusive, existiam documentos comprovando nesse sentido. Assim, "(...) restou bem demonstrada a expectativa do autor pelo resultado da demanda supostamente ajuizada [...] Destarte, a jurisprudência tem considerado, em julgados semelhantes a este, que a perda de uma chance gera direito a indenização por danos morais, o que indica o acerto da r. sentença."

A reforma da decisão por suposta ausência aos artigos 186 e 927 do Código Civil, obrigatoriamente levaria ao reexame dos fatos e das provas, o que não é permitido. Por esse motivo, foi negado provimento ao Recurso.

O oitavo Recurso<sup>337</sup> se trata, novamente, de Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial. De maneira geral, como exposto pelo próprio relatório da decisão, a discussão se limita a responsabilidade civil dos advogados que perderam prazo para interposição de Recurso, impossibilitando que seu cliente tivesse a reparação integral de danos.

Restou mais uma vez expresso que a invocação da teoria da perda de uma chance decorrente da falha na prestação de serviços advocatícios, em especial pela falta de

---

336 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 1406323/SP (2018/0314165-9), Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 25/06/2019.

337 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 878524/SP (2016/0059646-8), Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 16/05/2019.

interposição de recurso, prescinde obrigatoriamente de comprovação da real e efetiva chance de êxito na demanda, o que não restou devidamente comprovado:

“Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, a invocação da teoria da perda de uma chance, decorrente de negligência dos serviços advocatícios, como a perda de prazo recursal, só conduz ao reconhecimento de dano moral se demonstrada a real possibilidade de êxito da demanda.”

Em razão da Súmula 7, as provas não poderiam ser analisadas e, por esse motivo, as alegações não foram suficientes para alterar a decisão. Assim, foi negado provimento ao Agravo Interno e mantida integralmente a decisão recorrida.

Já o nono acórdão<sup>338</sup> analisado, trata de Recurso Especial que foi conhecido, após interposição de Agravo, pelo Superior Tribunal de Justiça. Sustentou a parte Recorrente ofensa aos artigos 32 e 34, IX, da Lei nº 8.906/94, aos artigos 186, 667 e 927 do Código Civil e, até mesmo, do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor em razão de escritório de advocacia ter interposto Recurso Especial em ação acidentária de forma intempestiva e sem as peças necessárias para a formação de seu caráter instrumental, nos moldes determinados pelo Código de Processo Civil de 1973.

Sustentou a cliente que o Recurso Especial tinha grandes chances de êxito, já que existia prova pericial reconhecendo a existência de sequelas acidentárias no ombro e na coluna.

Da decisão é possível observar interessante conclusão do julgador:

“Relembre-se que os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-o judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos. Assim, a responsabilidade civil do advogado, por inadimplemento de suas obrigações, é subjetiva, consubstanciando-se com a congregação dos seus pressupostos básicos, como o ato

---

338 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1758767/SP (2014/0290383-5), Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 09/10/2018.

doloso ou culposo, o nexo causal e o dano causado ao cliente. A dificuldade que se estampa ao julgador nas hipóteses em que a responsabilidade é pautada sob o viés da perda de uma chance não é, em si, o ato ilícito ou até mesmo o nexo causal, mas, notadamente, o dano propriamente dito.

(...)

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que "o perdido, o frustrado, na realidade é a chance e não o benefício esperado com o tal" (Henri Lalou, *Ibid*, p. 78). Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final."

Ao final, após uma verdadeira aula sobre a teoria, a decisão enfatiza que quando tratamos de teoria da perda de uma chance por ato praticado no exercício da advocacia eventual indenização depende, efetivamente, da probabilidade de êxito da demanda (no caso concreto, tratou-se do recurso considerado intempestivo).

Em razão disso, sabendo que o Tribunal de Justiça entendeu que o Recurso que foi protocolado de forma intempestiva pelos advogados teria poucas chances de êxito, de acordo com o contexto fático e probatório apresentado, o Recurso Especial em questão, analisado na presente oportunidade, não foi provido.

O décimo Recurso<sup>339</sup> da tabela se trata de Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Dessa vez foi a oportunidade do i. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva tratar sobre a teoria da perda de uma chance quanto à falha no trabalho do advogado.

Importa saber que a decisão demonstra que o MM. Juízo *a quo* reconheceu a perda de uma chance em razão da falha dos advogados na prestação de serviços, que causou a condenação dos clientes ao pagamento de indenização no valor de R\$37.393,00 (trinta e sete mil e trezentos e noventa e três reais). A decisão recorrida considerou efetivamente a chance de êxito, como pode ser observado:

---

<sup>339</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 1213438/SP (2017/0307217-8), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 24/04/2018.

“(…) No tocante à Fazenda Reunidas Boi Gorfo, porém, outra deveria ser a solução da demanda. Houve, possivelmente, orientação pelos patronos réus ao cliente, ora autor, acerca da pouca chance de sucesso de recebimento de valores em caso de eventual condenação, dada a falência de dita sociedade, o que implicou na sua não inclusão no polo passivo da demanda. (...) Considerando casos análogos, a probabilidade de sucesso na demanda seria de algo próximo a 15% (quinze por cento) do valor pleiteado na ação trabalhista. Nesse sentido, a negligência dos recorridos ao não incluir a empregadora Fazenda Reunidas Boi Gordo S/A no polo passivo da demanda trabalhista, implica no reconhecimento da perda de uma chance em que o autor poderia ganhar o importe estimado de 15% (quinze por cento) das verbas pleiteadas, o que importa no montante de R\$37.939,00 (trinta e sete mil, novecentos e noventa e nove centavos).”

A revisão da matéria também seria impossibilitada em razão da Súmula 7. Por esse motivo, foi negado provimento ao Agravo Interno.

O décimo primeiro caso<sup>340</sup> trata de Agravo Interno no Recurso Extraordinário interposto nos autos de Agravo Interno dos Embargos de Declaração no Recurso Especial. A discussão do julgado restringe-se a legitimidade de sindicato que indicou advogado para responder por eventuais prejuízos causados por prestação de serviços falha do profissional indicado.

O julgado não expressa grandes esclarecimentos tratando sobre a teoria da perda de uma chance, mas, da análise da decisão que nega provimento ao Recurso Especial, é possível observar que não estão caracterizados os elementos da responsabilidade civil para justificar a responsabilidade do sindicato, já que “a condita do Sindicato limitou-se a indicar advogado para defesa dos interesses do autor em juízo.”.

Interessante que, mais uma vez nesse sentido, a decisão esclarece que:

“(…) tratando-se de demanda indenizatória em que o autor pretende se ver ressarcido de prejuízo decorrente de ação trabalhista julgada improcedente em razão da juntada de documento incorreto pelo patrono, poderia se cogitar na aplicação da teoria da perda de uma chance. Ocorre que, fosse o caso, embora não alegado pelo autor, o

---

340 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1145118/SO (2009/0184568-1), Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 19/10/2017.

aludido instituto não exime a suposta vítima de demonstrar os danos efetivamente sofridos pela perda, devendo comprovar que não se trata de mera expectativa. No caso, o sucesso na demanda judicial não é certo, mas bastante duvidoso. Não se mostra razoável, como fez o Tribunal local, reconhecer a responsabilidade do Sindicato que indicou o advogado e, ao mesmo tempo, afastar a responsabilidade daquele que supostamente seria o causador direto do dano.”

A breve decisão de apenas seis páginas referente à decisão do decimo segundo caso<sup>341</sup> trata, também, sobre a possibilidade de condenação de pagamento de indenização pela teoria da perda de uma chance por advogada que não providenciou o correto protocolo de peça processual essencial para êxito de processo.

De forma breve e objetiva, foi negado provimento ao Recurso afirmando que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar de forma detalhada o contexto fático e probatório, concluiu pela existência de dissídia e negligencia por parte da advogada, o que justificaria a responsabilidade civil. Como a revisão de provas e fatos é vedado nessa sede recursal, o Recurso não foi provido.

O décimo terceiro<sup>342</sup> caso exposto pela tabela expressa uma narrativa fática distinta dos demais casos analisados até o presente momento. Apesar de não tratar especificamente sobre a responsabilidade civil dos advogados em relação a negligência na prestação de serviços, mostra-se interessante a análise da decisão por se tratar da teoria da perda de uma chance tendo em vista o advogado restar impossibilitado de ser inscrito nos quadros da OAB em razão de falha na prestação de serviços de unidade educacional.

De acordo com os autos da decisão, o consumidor ajuizou ação indenizatória alegando ter concluído curso de direito em instituição de ensino e, após ter sido aprovado no exame para inscrição na OAB, foi surpreendido com a notícia que o curso não seria reconhecido pelo Ministério de Educação e Cultura (“MEC”) e, por esse motivo, teve sua inscrição revogada.

Alegou a parte que, por deixar de exercer a profissão, deixou de receber quantia monetária equivalente à 30 (trinta) salários mínimos por mês. Por esse motivo, ajuizou a ação objetivando o recebimento dos valores dispendidos com a abertura de escritório e, ainda, lucros cessantes.

---

341 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 81821/RS (2011/0200523-8), Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 11/02/2014.

342 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1244685/SP (2010/0162509-0), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 03/10/2013.

A ação foi julgada parcialmente procedente em primeiro grau com decisão condenando o autor ao pagamento de verba indenizatória por dano moral “no valor de 30 vezes o que pagou pelos 5 anos de curso, bem como danos materiais correspondentes ao que este poderia conseguir no mercado de trabalho, desde a aprovação na OAB até 27/1/2000, data em que houve o reconhecimento do curso pelo MEC.”, sendo necessária liquidação de sentença para se apurar efetivamente a quantia do dano material.

Após a interposição de Recurso de Apelação pela instituição de ensino, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento para reformar a decisão quanto ao dano moral, única e exclusivamente, que restou arbitrado “para o equivalente a 3 vezes o valor total pago pelo curso”.

O recurso especial em questão, interposto pela instituição de ensino, sustentou ofensa ao inciso II do artigo 353 do Código de Processo Civil de 1973 além, ainda, aos artigos 46 e 53, VI, da Lei nº 9.394/1996, 8º da Lei nº 8.906/1994, artigo 14, §3º, I, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 159 do Código Civil de 1916, equivalente aos artigos 196 e 927 do Código Civil atual, que tratam sobre a responsabilidade civil.

Tratando sobre a narrativa fática, a instituição educacional defendeu que se tratou de culpa exclusiva da OAB/SP, já que o reconhecimento do curso no MEC não seria requisito para inscrição definitiva na classe.

Durante a tramitação dos diversos e sucessivos recursos, foi iniciado cumprimento provisório de sentença, ainda em 2007, objetivando o recebimento de valor de R\$155.000,00 (cento e cinquenta e cinco mil reais).

Devidamente processado o feito, reformando completamente as decisões, o i. Ministro Relator Luis Felipe Salomão entendeu não serem devidos os valores da condenação por dano material justamente por não restarem devidamente comprovados os danos alegados. Tratando sobre a teoria da perda de uma chance, o julgador determinou que, apesar do pedido de indenização por dano material de forma genérica e abrangente, não seria possível a condenação pela teoria perda de uma chance:

“Cuida-se, no máximo, da perda de uma chance (perte d’une chance), seu reconhecimento demanda a verificação de inúmeros requisitos, em demanda com pedido específico. A teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. De todo modo, verifico não ser possível

o reconhecimento da teoria da perda de uma chance no caso, tendo me vista que o autor deduziu indenização por danos material, com fundamento em lucros cessantes. Não poderia esta Corte reconhecer a teoria da perda de uma chance, sob pena de julgamento extra petita.”

Nesse contexto, apesar da reforma quanto aos danos materiais, foi mantida a condenação em indenização por dano moral, mas com a redução do montante arbitrado para R\$10.000,00 (dez mil reais).

Assim, reformando de forma significativa e surpreendente a decisão, foi dado parcial provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido de condenação pelos danos materiais e reduzir o valor do dano moral.

O décimo quarto<sup>343</sup> caso trata de Agravo Regimental nos autos de Recurso de Agravo de Instrumento interposto contra despacho denegatório de seguimento de Recurso Especial. Aparentemente, o cliente buscou reparação com fundamento na teoria de perda de uma chance após advogada contratada protocolar Recurso Especial de forma intempestiva, o que foi considerado erro grosseiro.

A decisão de apenas três páginas expressa o entendimento exposto no presente trabalho quanto à impossibilidade de condenação com base na teoria de perda de uma chance sem que, efetivamente, reste comprovado o dano e que “as demandas que invocam a teoria da ‘perda de uma chance’ devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo”, conforme o precedente Resp 1.190.180/RS, de relatoria Min. Luis Felipe Salomão”

Assim, sabendo que a análise da pretensão esbarraria obrigatoriamente na Súmula 7 do Superior Tribunal, foi negado seguimento ao Agravo.

O Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira foi responsável por analisar Recurso Especial<sup>344</sup> interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Tal recurso trata sobre ação indenizatória por danos morais contra advogado que perdeu prazo para impetração de mandado de segurança em benefício da nomeação da cliente em concurso público.

---

343 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. Processo nº 1106066/RS (2008/0227975-5), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 07/05/2013.

344 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1321606/MS (2011/0237328-0), Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 23/04/2013.

Importa saber que o Tribunal *a quo* condenou o advogado ao pagamento do valor de R\$17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais) por entender, após a análise das provas juntadas, que, efetivamente, o profissional teria agido com dissídio, o que justificou a condenação ao pagamento da verba indenizatória pelos danos morais.

Nesse sentido, de acordo com o exposto na decisão recorrida, restou expresso que “No caso concreto, o fato de o advogado não ter instruído o mandado de segurança com as provas necessárias permite a aplicação da teoria da perda de uma chance, diante da possibilidade de êxito da postulante, que não logrou sucesso na ação mandamental em razão da falha do mandatário”.

Assim, a probabilidade de vitória na demanda restou efetivamente comprovada nos autos, o que justifica o pagamento de indenização com fundamento na teoria da perda de uma chance, como a corte já sustentou em outros casos analisados no decorrer do presente trabalho.

Por esse motivo, o Recurso Especial foi parcialmente conhecido e, na parte conhecida, teve seu seguimento negado.

O décimo sexto caso<sup>345</sup> da tabela trata novamente sobre perda do prazo processual por advogado, o que teria cominado na perda de imóvel de propriedade do cliente. A decisão do Tribunal *a quo* sustentou a condenação ao pagamento de verba indenizatória no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) pelos danos morais causados com base na teoria de uma chance.

Restou expresso na decisão que a “corte possui o entendimento que sua aplicação carece da análise da real possibilidade de êxito do postulante eventualmente perdida em razão da negligência do advogado”. Por entender que o tribunal, ao analisar fatos e provas, determinou que a má prestação de serviços do advogado efetivamente causou a perda do imóvel, o Recurso Especial foi conhecido, porém, teve seu seguimento negado.

Mais uma vez é possível observar caso com narrativa fática distinta e surpreendente. No teor da decisão proferida nos autos de Recurso Especial a que se refere o décimo sétimo<sup>346</sup> caso da tabela, a discussão se resumiu em saber se advogado que teve recurso considerado intempestivo, em razão da entrega tardia do documento pelos

---

345 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1149718/MS (2009/01384419-8), Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 21/02/2013.

346 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº1210732/SC (2007/0233757-9), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 02/10/2012.



correios (na época em que os protocolos eram realizados de forma física), pode receber indenização pelos danos causados.

A ação foi ajuizada com o autor, advogado prejudicado em razão dos serviços do correio, alegando dano material na impossibilidade de receber honorários advocatícios contratuais no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação das verbas requeridas na ação trabalhista que transitou em julgado indevidamente.

O Juiz de primeiro grau de jurisdição julgou o pedido improcedente, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região com base na Súmula 216 do próprio STJ: "A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio".

A decisão determina que a relação havida entre as partes é de consumo e que existiria uma necessidade de basilar a responsabilidade das partes. Tratando sobre o dano material, o não recebimento dos honorários contratuais, afirma que "cuida-se, no máximo da perda de uma chance":

"A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007)."

E, para fins do presente trabalho, mais uma vez vale notar que:

"no caso de responsabilidade decorrente de atividade advocatícia, e diante do aspecto temático à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas do evento tido por danoso. Vale dizer, não é só o fato de o advogado ter perdido o prazo para recurso, como no caso em apreço, que enseja a automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação

acerca da possibilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa.”

Por esse motivo, a decisão manteve o entendimento quanto à impossibilidade de condenação pelos danos materiais requeridos, seguindo o entendimento doutrinário e jurisprudencial observado até o presente momento. Porém, em razão do reconhecimento do ato ilícito cometido pelos Correios e pela existência dos pressupostos necessários, condenou o Correios ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

O décimo oitavo<sup>347</sup> caso exposto pela tabela trata, novamente, de advogado que perde prazo para interposição de Recurso Especial com fundamentação na teoria de perda de uma chance. Mais uma vez restou expresso que apenas a conduta negligente do profissional não justifica sua condenação, sendo necessária a ponderação sobre a probabilidade de vitória no Recurso Especial perdido. Por esse motivo, foi negado provimento ao Recurso.

Apesar de muitos casos tratando sobre a ausência de interposição de Recurso, apenas o décimo nono caso<sup>348</sup>, julgado ainda no ano de 2010 pelo i. Ministro Luis Felipe Salomão, tratou sobre a perda do prazo para apresentação de contestação.

Da decisão é possível observar que os autores, clientes prejudicados, alegaram que a procedência de ação indenizatória teria ocorrido em razão da ausência de apresentação de contestação, motivo que levou os autores a responderem por execução no valor atualizado de R\$335.938,96 (trezentos e trinta e cinco mil, novecentos e trinta e oito reais e noventa e seis centavos).

A ação indenizatória por perda de uma chance movida contra os advogados foi julgada procedente com a condenação ao pagamento de R\$93.600,00 (noventa e três mil e seiscentos reais) por danos materiais.

Interposto Recurso de Apelação pelos advogados, alterando completamente a fundamentação da decisão, em especial a natureza da verba indenizatória, a decisão foi reformada parcialmente para condenar os advogados ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Nesse contexto, foi

---

347 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 993936/RJ (2007/0233757-4), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 27/03/2012.

348 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1190180/RS (2010/0068537-8), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 6/11/2020.

interposto Recurso Especial sustentando ofensa aos artigos 128, 353 e 460 do Código de Processo Civil de 1973.

No caso, o i. Relator entendeu que a atividade jurisdicional deve respeitar os limites determinados pelo autor na petição inicial com a causa de pedir e os pedidos. Como não houve pedido de condenação em dano moral, considerou que houve julgamento *extra petita*.

Sobre o tema, importante a análise de trecho da obra de Sérgio Savi citada no julgado:

“Se o juiz, diante de um pedido certo de indenização por lucros cessantes formulado pelo autor da ação, chegar à conclusão de que o caso é de perda de chance (dano emergente), poderá ele conceder uma indenização a este título? A nosso sentir, o juiz deverá verificar cuidadosamente qual foi a real intenção do autor. Se foi a indenização por perda de chance, ainda que a tenha qualificado equivocadamente como lucro cessante, o juiz deverá, em respeito à vontade do autor, julgar o pedido procedente, mesmo que o qualifique como dano emergente. Neste caso, o juiz deverá, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dar ao réu a oportunidade de se defender dessa nova qualificação jurídica. Contudo, se da leitura da petição inicial restar claro que o autor somente pretendia indenização que tivesse por fundamento lucros cessantes, então o juiz, entendendo que a perda de chance não caracteriza lucros cessantes, então o juiz, entendendo que a perda de chance não caracteriza lucros cessantes, não poderá acolher o pedido e deve julgá-lo improcedente.”

Por esse motivo, o Recurso foi parcialmente conhecido para anular o julgamento do Recurso de Apelação e determinar um novo julgamento com o respeito aos limites do pedido e da causa de pedir.

Por fim, o vigésimo caso<sup>349</sup>, julgado ainda em 2008 pela i. Ministra Relatora Nancy Andrighi, tratou sobre ação indenizatória interposta contra advogados que, supostamente, foram negligentes da defesa do autor nos autos de ação reivindicatória, perdendo o prazo para apresentação de Recurso de Apelação, o que teria causado a perda de imóvel.

---

349 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo nº 1079185/MG (2008/0168439-5), Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 11/11/2018.

A sentença condenou os pedidos parcialmente procedentes com a condenação ao pagamento do valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) em razão dos danos morais. O Acórdão do Recurso de Apelação interposto pelas partes manteve a sentença de primeiro grau, alterando apenas os termos de índice de juros de mora e correção monetária.

Como se trata do acórdão mais antigo, a i. Relatora teceu diversas considerações sobre a teoria da perda de uma chance e, no mesmo sentido dos demais acórdãos, restou expresso que não se indeniza aspectos subjetivos:

“Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance (Rafael Peteffi da Silva. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134). É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda de uma chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas (Resp 965.75/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJE 03/09/2008). Calcada na verificação rigorosa de seus requisitos, lembro que a Quarta Turma já chegou a admitir a aplicação da aludida teoria em hipótese em que o autor teve frustrada sua chance de ganhar prêmio milionário em programa televisivo de entretenimento (Resp 788.459/BA, Min. Fernando Gonçalves, DJ 13.03.2006).

Ocorre que, apesar dos louváveis esclarecimentos tratando sobre a perda de uma chance, a decisão entende que o instituto não seria aplicável ao caso.

Uma das alegações dos autores é que a atuação negligente dos advogados é consequente da não apresentação de defesa adequada, com o pedido de retenção por benfeitorias realizadas em imóvel, e pela perda do prazo para recorrer. Porém, o Tribunal *a quo* entendeu que não houve qualquer dissídia ou negligência do advogado e a reforma desse tópico implicaria obrigatoriamente na revisão de provas e fatos, o que é vedado em razão da Súmula 7.

De qualquer forma, resta expresso que em ação autônoma os autores foram devidamente ressarcidos pelas benfeitorias em momento posterior ao ajuizamento da ação. Ou seja, não houve perda de uma chance, “ao contrário, a chance ainda foi exercida com sucesso em momento posterior, em uma ação indenizatória”.

Tratando também sobre a teoria da perda de uma chance, importante notar que, apesar do Tribunal de origem entender que a aplicação da teoria só levaria à condenação da parte ao pagamento de indenização por danos morais, a Relatora expressou que os danos materiais, a depender das particularidades do caso, também são devidos. No caso concreto, a ação tratou apenas sobre os danos morais, já que foram ajuizadas ações autônomas para tratar sobre os danos materiais:

“Com a devida vênia aos entendimentos contrários, a probabilidade perdida pode ter contornos materiais bem definidos, que só não são relevantes nesta hipótese porque o pedido encontra-se bem delimitado e, além disso, como demonstrei, tais prejuízos foram objetos de ações diversas. Destaco a recente doutrina sobre o tema: “(...) não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um ‘agregador’ do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral” (Sérgio Savi. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53). Assim, a perda do prazo recursal retirou da recorrente a chance de continuar vivendo naquela residência que, durante longo período, foi sua casa. As consequências não-patrimoniais daí advindas são muito claras. O infortúnio de perder o lar familiar e a chance de lutar por ele não se reduz a uma expressão econômica. Assim, correta a condenação do recorrido no dever de compensar este dano moral.”

Isto posto, de maneira geral, restou expresso que o Tribunal responsável pelo julgamento da ação indenizatória entendeu que não houve qualquer dissídia ou negligência do advogado. Também restou expresso que o valor de dano moral arbitrado em primeiro grau era ínfimo. Porém, a reforma desses tópicos implicaria, obrigatoriamente, na revisão de provas e fatos, o que é vedado em razão da Súmula 7.

Após os esclarecimentos tecidos no presente, o Recurso Especial não foi conhecido.

#### **4 CONCLUSÃO**

Assim, nos moldes detalhadamente expostos no decorrer do presente trabalho, apesar da sua recepção levemente tardia em território nacional, com o passar dos anos, a teoria da perda de uma chance, que surgiu a partir do desenvolvimento e do amadurecimento da doutrina e da jurisprudência em ambiente europeu, foi amadurecendo e, atualmente, é possível observar diversos julgados tratando sobre o tema.

*Todos os exemplos, por mais distantes e com narrativas fáticas distintas que pareçam, possuem um elemento comum, que é essencial para análise da conceituação da doutrina exposta pela doutrina: a possibilidade e a expectativa de uma vitória ou de um ganho. Nesse contexto, a teoria busca indenizar justamente a perda da chance de ser beneficiado com a vitória ou com o benefício, não se indeniza, necessariamente, a integralidade do dano ocorrido, já que não é possível saber, exatamente, como seria o resultado final se a chance não fosse perdida.*

*Restou expresso pela doutrina, o que foi confirmado pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que a chance perdida a ser indenizada deve ser real e séria, sendo certo que os danos indenizáveis devem ser efetivamente prováveis e não meramente hipotéticos.*

Majoritariamente, as decisões do Superior Tribunal de Justiça enfatizam a necessidade de comprovação dessa questão e não analisam os pedidos de indenização em razão da necessidade de se reanalisar provas e fatos para saber se, efetivamente, houve negligência ou dissídia do advogado que justificaria eventual indenização. Porém, a providência não é permitida nessa sede recursal, em razão do óbice estabelecido pela Súmula 7.

A análise das decisões também pode-se concluir que, respeitados os requisitos necessários dispostos na lei, a teoria da perda de uma chance justifica a indenização por danos morais e por danos materiais, verbas independentes.

Sobre a prescrição, restou expresso em decisão que, ao falarmos sobre a teoria da perda de uma chance, é aplicável a teoria da *actio nata*, que defende, de maneira geral, o início do prazo prescricional com o conhecimento integral do dano causado. Por esse motivo, considera-se que apenas com o fim da relação contratual, momento em que o cliente poderia ter integral ciência da atuação do advogado, é que o prazo prescricional para ajuizamento de ação indenizatória começa a fluir.

Sobre a leitura extensiva do pedido, a i. Ministra Isabel Galotti entendeu que, mesmo com apenas a realização de pedido de indenização por danos materiais, é possível a condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos, já que que a teoria da perda de uma chance "mais se assemelha à técnica de quantificação dos danos sofridos do que um pedido propriamente dito.", restando como um pedido implícito.

Ainda sobre o pedido realizado na petição inicial, o i. Relator Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que a atividade jurisdicional deve respeitar os limites determinados pelo autor na petição inicial com a causa de pedir e os pedidos e, no caso de não haver o pedido de condenação em dano moral, não se pode condenar a parte ao pagamento dessa natureza, sob pena de caracterizar julgamento *extra petita*.

Assim, os tribunais brasileiros passaram a aceitar pedidos de indenização pela perda de chances, sendo certo que a aplicação da teoria está efetivamente presente no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. A **perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** – Os (Des)caminhos de uma compreensão teórica. *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n.2, p.93-123, dez.2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 1538774/SP (2019/0201664-8)**, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 07/12/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1622450/SP (2016/0039415-4)**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 16/03/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 576679/PR (2014/0218149-3)**, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 24/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 1455532/SP (2019/0051263-4)**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Turma, Brasília, Julgamento em 04/02/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 1333056/PR (2018/0185067-5)**, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 17/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 1406323/SP (2018/0314165-9)**, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 25/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 878524/SP (2016/0059646-8)**, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 16/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1758767/SP (2014/0290383-5)**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 09/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 1213438/SP (2017/0307217-8)**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 24/04/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1145118/SO (2009/0184568-1)**, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 19/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 81821/RS (2011/0200523-8)**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 11/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1244685/SP (2010/0162509-0)**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 03/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. **Processo nº 1106066/RS (2008/0227975-5)**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 07/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1321606/MS (2011/0237328-0)**, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 23/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1149718/MS (2009/01384419-8)**, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 21/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1210732/SC (2007/0233757-9)**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 02/10/2012.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 993936/RJ (2007/0233757-4)**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 27/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1190180/RS (2010/0068537-8)**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, Julgamento em 6/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Processo nº 1079185/MG (2008/0168439-5)**, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, Brasília, Julgamento em 11/11/2018.

CARVALHO, Geovana Ferreira De. **Teoria Da Perda De Uma Chance E A Responsabilidade Civil Do Advogado**. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas. 2012.

DA SILVA, Rafael. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, 3ª edição. Grupo GEN, 2013

FURLAN, Alessandra Cristina. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 10. ano 4. p. 119-149. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2017, p. 4.

GONÇALVES, Guilherme Henrique Dolfini. **A responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance**. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5535/1/20869066.pdf> .

## **O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**LUISA LEMOS FERREIRA:** Advogada. Graduação na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Pós Graduação em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Jesus.

**RESUMO:** O princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, recomenda que o Direito Penal somente intervenha em casos de maior gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas que causem lesão ou perigo de lesão ínfimos ao bem jurídico tutelado. Tal princípio, nesse passo, não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de criação doutrinária e jurisprudencial. Nesse sentido, é importante verificar se o princípio se aplica sobretudo aos crimes contra a Administração Pública, cuja reprimenda tem crescido cada vez mais na sociedade contemporânea. Tais delitos têm como objetivo resguardar não apenas o aspecto patrimonial, porém, principalmente, a moralidade administrativa, sendo de extrema importância verificar quais são os limites de sua aplicação no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Destarte, faz-se imprescindível verificar como se dá a incidência do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, eis que tal princípio tem como principal efeito a absolvição em razão do reconhecimento da atipicidade material.

**Palavras-chave:** princípio da insignificância; direito penal; crimes contra a administração pública; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

**ABSTRACT:** The principle of insignificance, also known as principle of trifle, recommends that the criminal law only interferes in cases of great severity, recognizing the absence of criminal's offense in hypothesis that causes tiny injury or danger of injury to the protected legal interest. That principle, therefore, doesn't have legal provision in our legal order, being doctrinal and jurisprudential creation. In this regard, it is important to verify if the principle especially applies in crimes against the Public Administration, whose reprimand has grown increasingly in contemporary society. Those crimes have the purpose to protect not only the asset aspect, but also mainly the public morality, which is why it is so important to verify what the limits to this principle's application are in the Superior Courts' jurisprudence. Consequently, it is indispensable to investigate how the principle of insignificance is applied in crimes against the public administration, since that principle's main effect is to allow an acquittal, due to the absence of criminal's offense recognition.

**Keywords:** principle of insignificance; criminal law; crimes against the public administration; Federal Supreme Court; Superior Court of Justice.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1 Conceito e aspectos doutrinários. 2 – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 2.1 O princípio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2.2. O princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O fato típico é composto pela conduta do agente, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; pelo resultado e nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. Além de tais elementos, é preciso também que a conduta praticada se amolde a um modelo abstrato previsto em lei.

Tem-se, assim, o conceito de tipicidade formal, que significa a adequação entre o fato praticado e a norma incriminadora. Entretanto, essa simples noção de tipicidade enquanto acomodação do comportamento do indivíduo ao tipo não é suficiente para configurar a tipicidade penal. Além da tipicidade formal, é necessário, no caso concreto, que também esteja presente a tipicidade material.

Em uma análise do duplo juízo de tipicidade, a tipicidade material é entendida como o juízo de subsunção capaz de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico penalmente tutelado. A conduta ofensiva, além de estar prevista em um tipo previsto em lei, deve também se apta a afetar o bem jurídico objeto de tutela penal de maneira que justifique o exercício do *jus puniendi* pelo Estado. Assim, verificar a ausência de tipicidade material no caso concreto significa reconhecer a incidência do princípio da insignificância.

Nesse sentido, o princípio da insignificância, ou da bagatela, somente intervém nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, ensejando a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves. Trata-se, portanto, de criação doutrinária, que desempenha uma função restritiva do direito penal, revelando-se como verdadeira causa de exclusão de tipicidade.

O princípio da insignificância, assim, é aplicado em hipóteses de irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, não representando, em razão disso, um dano, nos crimes de dano, uma certeza de risco de dano, nos crimes de perigo concreto, ou, ao menos, uma possibilidade, de risco de dano, nos crimes de perigo abstrato, ainda que haja uma subsunção formal do comportamento ao tipo previsto na legislação penal.

Com o intuito de se verificar o alcance do princípio da insignificância, o trabalho é iniciado com a análise doutrinária acerca do referido princípio, com um breve histórico de sua constituição. Em seguida, é realizada a análise conceitual do referido princípio, abordando-se, ainda a conceituação e aplicação conferida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores à insignificância, bem como os vetores utilizados para a sua incidência no caso concreto.

Já no segundo capítulo, é estudada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com o escopo de se analisar, nas decisões por eles proferidas, a aplicação ou não do princípio da insignificância nos crimes praticados em detrimento da Administração Pública. Assim, será verificado se as referidas Cortes têm considerado a incidência da insignificância em tais delitos, e, em caso positivo, de que maneira ela tem ocorrido no âmbito de sua jurisprudência.

## **1.0 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **1.1 Conceito e aspectos doutrinários**

O princípio da insignificância, ou princípio da criminalidade de bagatela, foi incorporado ao Direito Penal pela primeira vez em 1964, através dos estudos de Claus Roxin, em sua obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*. Tal princípio deriva da máxima romana *minitmus non curat praetor*, segundo a qual o Direito Penal não deve se ocupar de assuntos irrelevantes e inaptos a lesionar o bem jurídico.<sup>350</sup>

Trata-se, portanto, de criação doutrinária, que desempenha uma função restritiva do direito penal, revelando-se como verdadeira causa de exclusão de tipicidade.

Inicialmente, para se compreender o princípio da insignificância, é necessário traçar, de forma breve, o conceito de tipicidade penal.

O conceito analítico de crime o prevê como fato típico, antijurídico e culpável. A função do conceito analítico, nesse sentido, é de analisar todos os elementos que integram o conceito de infração penal. O crime, portanto, é um todo indivisível, e, a partir de seu estudo estratificado, consegue constatar que ou o agente como um fato típico, ilícito e culpável, ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.<sup>351</sup>

---

350 BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral (Arts. 1º a 120). Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 140.

351 GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 62.

Especificamente, o fato típico é composto pela conduta do agente, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; pelo resultado e nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. Além de tais elementos, é preciso também que a conduta praticada se amolde a um modelo abstrato previsto em lei.

Tem-se, assim, o conceito de tipicidade formal, que significa a adequação entre o fato praticado e a norma incriminadora, ou seja, se “o comportamento praticado pelo agente encontra moldura em alguma das figuras típicas previstas em nosso ordenamento penal”<sup>352</sup>.

Segundo as lições de Rogério Greco, quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir adequação perfeita da conduta do agente ao tipo, estamos querendo dizer que, “por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela conduta descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade”.<sup>353</sup>

Guilherme Nucci expõe que a “tipicidade é o fenômeno representado pela confluência entre o fato ocorrido no mundo real e o fato previsto no mundo abstrato das normas”<sup>354</sup>, exemplificando: “quando A mata B (fato), o operador do direito elabora o juízo de tipicidade, ou seja, promove a adequação desse fato ao modelo de conduta previsto no art. 121 do Código Penal (“matar alguém”)”.<sup>355</sup>

Entretanto, essa simples noção de tipicidade enquanto acomodação do comportamento do indivíduo ao tipo não é suficiente para configurar a tipicidade penal. Além da tipicidade formal, é necessário, no caso concreto, que também esteja presente a tipicidade material.

Em uma análise do duplo juízo de tipicidade, a tipicidade material é entendida como o juízo de subsunção capaz de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico penalmente tutelado. Em outras palavras, a conduta ofensiva, além de estar prevista em um tipo

---

<sup>352</sup> Ibidem, p. 67

<sup>353</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. vol. 1. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 289.

<sup>354</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 521.

<sup>355</sup> Ibidem.

previsto em lei, deve também se apta a afetar o bem jurídico objeto de tutela penal de maneira que justifique o exercício do *jus puniendi* pelo Estado.

Assim, verificar a ausência de tipicidade material no caso concreto significa reconhecer a incidência do princípio da insignificância. Reconhecer insignificante um fato típico, nesse passo, “implica reconhecer a completa ausência de lesividade em face da conduta praticada”.<sup>356</sup> Nesse sentido, cabe destacar as Lições de César Roberto Bitencourt:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.<sup>357</sup>

Gilmar Mendes ensina que, para que seja razoável concluir, em um caso concreto, no sentido da tipicidade, mister se faz a conjugação da tipicidade formal com a tipicidade material, sob pena de abandonar-se o desiderato do próprio ordenamento jurídico criminal. Em suas palavras, evidenciando o aplicador do direito a presença da tipicidade formal, mas a ausência da tipicidade material, encontrar-se-á o caso manifestamente atípico.<sup>358</sup> Portanto, além da necessidade de que exista um modelo abstrato que preveja a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção.

Nesse cenário, leciona Rogério Greco:

---

<sup>356</sup> Ibidem, p. 525.

<sup>357</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 67.

<sup>358</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.370 – São Paulo. Ministro Relator Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em: 26 de abril de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1256111>. Acesso em: 15 de janeiro de 2021.

Quando o legislador chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio –, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor.<sup>359</sup>

O juízo de tipicidade, em suma, deve ser dividido em duas etapas: a formal, em que há a subsunção entre a previsão abstrata e a conduta; e a material, em que se verifica se houve ou não lesão ao bem jurídico. Exemplificativamente:

(...) não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que seja antinormativa, isto é, que esteja proibida pela norma (pelo ‘não matarás’, ‘não furtarás’ etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado. (...) A tipicidade penal requer que a conduta, além de enquadrar-se no tipo legal, viole a norma e afete o bem jurídico<sup>360</sup>

Sobre o princípio da insignificância, nos ensinamentos de Damásio de Jesus:

Ligado aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc. Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, que concede relevância à afetação

<sup>359</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. vol. 1. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 147.

<sup>360</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI; José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais. p. 394/395.

jurídica como resultado normativo do crime, esse princípio apresenta enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima.<sup>361</sup>

Para o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzem em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que, se bem aplicado não chega a estimular a ideia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público.<sup>362</sup>

Cezar Roberto Bitencourt leciona que a insignificância não é sinônimo de pequenos crimes, mas se refere à gravidade, extensão ou intensidade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância. Nesse sentido:

A insignificância situa-se no abismo que separa o grau da ofensa produzida (mínima) ao bem jurídico tutelado e a gravidade da sanção que lhe é cominada. É nesse paralelismo – mínima ofensa e

---

361 JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 52-53.

362 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104.787 – Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres Britto. Segunda Turma. Julgamento em: 26 de outubro de 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736631/habeas-corpus-hc-104787-rj>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.



desproporcional punição – que deve ser valorada a necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato.<sup>363</sup>

Exemplificando a necessidade de se aferir o grau de extensão da lesão produzida, ilustra Roxin:

Mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade.<sup>364</sup>

Assim, partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico, antijurídico e culpável, tem-se que, uma vez excluído o fato típico, elemento integrante da estrutura do crime, em razão do princípio da insignificância, estar-se-á diante de um indiferente penal.

No âmbito do direito comparado, há sistemas que abordam o princípio da insignificância, quando se faculta ao *Parquet*, com anuência do juiz, deixar de propor a ação. Outros descriminalizam condutas, colocando sob tutela do direito administrativo:

Por todos esses motivos, a descriminalização constitui, atualmente, importante meta de reforma do sistema penal em muitos países. O principal caminho tem sido converter a criminalidade de bagatela em infrações administrativas, puníveis apenas com multas de caráter disciplinar. Na Alemanha, por exemplo, todo direito penal de escassa importância e que não tenha sido derogado foi convertido em direito administrativo. O novo ordenamento, como era de se esperar, comprovou a sua eficácia: a prevenção geral restou suficientemente assegurada mediante a imposição de multas, e ao infrator são mostrados claramente quais são os limites de sua liberdade. Ademais, a justiça criminal é desafogada, e o processo administrativo corre de forma mais fluente e menos burocrática. Mantêm sistemas semelhantes a Itália e a Suíça. O Japão, já em 1948, adotou medidas parecidas, embora prevendo penas pecuniárias de caráter criminal. Alguns sistemas permitem que o Judiciário suspenda a decisão sobre

---

363 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral (Arts. 1º a 120). Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 141. pp. 52-53.

364 ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 53.

a imposição da pena, com a finalidade de dar ao acusado a oportunidade de reparar o dano causado. É o que ocorre na Alemanha, França, Inglaterra e Canadá. Atendida a exigência, não há aplicação de sanção criminal.<sup>365</sup>

A doutrina aponta, como fundamento do princípio da insignificância, alguns princípios do direito penal, tais como o da intervenção mínima, segundo a qual o direito penal só deve ser utilizado como *ultima ratio*; da fragmentariedade, que determina que o direito penal somente se destina a proteger determinadas ofensas a certos bens jurídicos; da subsidiariedade, que postula que o direito penal só deve ser aplicado quando outros ramos do direito não sejam capazes de oferecer uma resposta satisfatória; e, por fim, da lesividade, segundo o qual não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.<sup>366</sup>

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, já teve a oportunidade de se manifestar que o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados de fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. O princípio da intervenção mínima estatui ser “legítima a intervenção penal quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico”<sup>367</sup>.

O princípio da reserva legal, nesse espectro, não é suficiente para proteger o indivíduo, eis que ele, de forma isolada, não impede o Estado de criar tipos penais e sanções atentatórios à dignidade da pessoa humana. Assim, ao legislador recomenda-se abster de criminalizar qualquer comportamento, e ao operador do direito, por sua vez, exige-se não proceder ao juízo de tipicidade quando constatar que a reprimenda à conduta pode ser efetivada através de outros ramos do ordenamento jurídico.<sup>368</sup>

O princípio da fragmentariedade, por sua vez, estabelece que somente configuram infrações penais os “ilícitos que atentam contra valores fundamentais para a manutenção

---

365 MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 69-70.

366 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. pp. 82-94.

367 MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: Parte Geral**. 4. ed. vol. 1. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. p. 90.

368 Ibidem.

do progresso do ser humano e da sociedade”<sup>369</sup>. Assim, o Direito Penal é a *ultima ratio*, a última etapa de proteção do bem jurídico, de modo que o legislador somente deverá criar tipos penais tão somente quando os demais ramos do Direito foram ineficazes na proteção de determinado bem.

Nas lições do respeitável ministro e doutrinador Gilmar Mendes, em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, haverá uma conduta atípica quando esta não representar, em razão da irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano, nos crimes de dano, uma certeza de risco de dano, nos crimes de perigo concreto, ou, ao menos, uma possibilidade, de risco de dano, nos crimes de perigo abstrato, conquanto haja uma subsunção formal do comportamento ao tipo previsto na legislação penal.<sup>370</sup>

A doutrina aponta, ainda, relação direta com os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade e os seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sobre tal princípio, discorre Barroso:

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.<sup>371</sup>

---

<sup>369</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>370</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental Habeas Corpus 181.389 – São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752736209>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2021.

<sup>371</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 329.

Além disso, Luiz Flavio Gomes pontua que, embora similar, o princípio da insignificância não se confunde com a adequação social:

O critério da insignificância está muito próximo ao da adequação social, mas são inconfundíveis: 'Ainda que alguns autores o incluam naquele, pode-se distinguir do mesmo porque não supõe a total aprovação social da conduta, senão somente, uma relativa tolerância da mesma pela sua escassa gravidade. É o que acontece nas ofensas esportivas cometidas contra o regulamento, mas que se enquadram dentro do 'normal' no jogo (rasteiras, alguns chutes etc.)'. Por outro lado, a adequação social está principalmente regulada pelo desvalor da ação, enquanto que a insignificância se centra predominantemente no desvalor do resultado"<sup>372</sup>

Embora não previsto expressamente no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da insignificância tem ampla aceitação e aplicação na jurisprudência brasileira. Nesse passo, torna-se imperioso destacar os requisitos, criados pelo Supremo Tribunal Federal, cuja presença, no caso concreto, legitima o reconhecimento do princípio da insignificância. São os vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Faz-se necessário analisar, no caso concreto, a presença dos mencionados vetores, cuja constatação é essencial à descaracterização da tipicidade penal da conduta imputada ao agente, de tal maneira que a ausência de qualquer um de tais vetores torna inaplicável o princípio da insignificância. A existência desses requisitos, destarte, é averiguada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, e não no plano abstrato.

O eminente Ministro Luís Roberto Barroso afirma que o caráter aberto dos vetores supratranscritos não impede que situações relativamente idênticas sejam julgadas de forma diametralmente oposta, apesar da invocação dos mesmos parâmetros.<sup>373</sup> Nesse mesmo sentido, Bottini:

---

<sup>372</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 27 e 93.

<sup>373</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 123.108 – Minas Gerais. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 03 de agosto de 2015. Disponível em:

Nota-se que são critérios pouco precisos, vagos, abrangentes, que buscam abrigar toda uma gama de casos concretos heterogêneos, seja quanto ao bem protegido, seja quanto ao modo de agir. A ausência de parâmetros mais definidos resultou na aplicação díspar do princípio, que ora se alarga, ora se comprime, em uma sequência aleatória de decisões que reflete a dificuldade de trabalhar com um instituto ainda em construção. Uma primeira dificuldade é a aferição do valor da significância. Os critérios são distintos para cada Tribunal e para cada Ministro. Esboçou-se um critério para distinguir bens de ínfimo valor – aos quais seria aplicada a insignificância –, [de] bens de pequeno valor – aos quais seria aplicada a redução de pena do § 2º do art. 155 do Código Penal; no entanto, esses parâmetros não consolidaram uma pauta segura para a aplicação do princípio. Ora se reconhece a atipicidade de furto de valores como R\$ 75,00, de R\$ 20,00, de R\$ 96,33, de R\$ 220,00, ora se reconhece a incidência da norma penal em furtos de celular no valor de R\$ 35,00 ou de gomas de mascar no valor de R\$ 98,00, sem que haja distinção fática apta a justificar as diferentes decisões.<sup>374</sup>

Merece destaque o julgamento do *habeas corpus* nº 84.412, realizado no ano de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, reconhecido como verdadeiro marco da jurisprudência do STF na matéria, no qual foram expostos de forma analítica os fundamentos e vetores para aplicação do princípio da insignificância. O paciente, no caso, foi condenado pelo furto de uma fita de vídeo game, no valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais).

Em seu voto, o Ministro afirma que é desproporcional uma pena de 08 meses de reclusão, quando se verifica que o bem objeto de subtração possuía valor ínfimo (equivalendo, à época do delito, a 18% do valor do salário mínimo então vigente (janeiro/2000) e que não causou qualquer prejuízo a vítima, eis que recuperado. Senão vejamos trecho elucidativo do voto que aplicou, ao caso concreto, os quatro mencionados vetores para reconhecer o princípio da insignificância:

---

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf). Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

374 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A confusa exegese do princípio da insignificância**. In: Temas relevantes de direito penal e processual penal. Coord.: Luiz Rascovski. 2012. p. 245.

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.<sup>375</sup>

Além disso, o então eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento do *habeas corpus* nº 111.017, reconheceu a insignificância penal como expressão de um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, materialmente escapam desse encaixe, por exigência da própria justiça material enquanto valor prestigiado no preâmbulo de nossa Constituição. Destaca-se, nesse sentido, trecho do voto proferido, cujo brilhantismo exige sua transcrição.

É nessa perspectiva de concreção do valor da justiça que se pode compreender o tema da insignificância penal como um princípio implícito de direito constitucional e, simultaneamente, de direito criminal. Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. É falar: em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e

---

375 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.017 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2021.

valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa. Daí por que ela, Constituição, explicitamente trabalha com dois extremos em matéria de política criminal: os crimes de máximo potencial ofensivo (entre os quais os chamados delitos hediondos e os que lhe sejam equiparados, de parêntese com os crimes de natureza jurídica imprescritível) e as infrações de pequeno potencial ofensivo (inciso I do art. 98 da CF). Mesmo remetendo à conformação legislativa ordinária a descrição dos crimes hediondos, bem como daqueles de pequeno potencial de ofensividade.<sup>376</sup>

Afirma o jurista, assim, que o dano que subjaz à categoria da insignificância penal não caracteriza, materialmente, sequer lesão de pequena monta; ou seja, trata-se de ofensividade factualmente nula, porquanto abaixo até mesmo da concepção constitucional de dano menor. Nesse cenário, aduz que o desafio do intérprete da norma é encontrar aqueles vetores que levem ao juízo da não-significância penal da conduta. E, em suas sempre pertinentes colocações, continua:

Vetores que decolam de uma leitura pluridimensional da figura da adequação típica, principiando pelo ângulo do agente; quero dizer: da perspectiva do agente, a conduta penalmente insignificante deve revelar muito mais uma extrema carência material do que uma firme intenção e menos ainda toda uma crônica de vida delituosa. Pelo que o reconhecimento da irrelevância penal da ação ou omissão formalmente delituosa passa a depender de uma ambiência factual reveladora da extrema vulnerabilidade social do suposto autor do fato. Até porque, sendo o indivíduo uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique há de exibir o timbre da personalização. Logo, tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal (sobretudo os institutos da pena e da prisão), pois é a própria Constituição que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e as minhas circunstâncias”, como luminosamente enunciou Ortega Y Gasset). 377

---

376 Ibidem.

377 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.017 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 07 de fevereiro de 2012. Disponível em:

Para o doutrinador, ainda, do ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia. Ademais, sob o prisma dos meios e modos de realização da conduta, não se pode reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros. Ou seja, os meios e modos de execução da ação formalmente delitiva não podem consistir em atentado à vida, à saúde, à integridade física, nem à dignidade de qualquer pessoa. Por fim, do ângulo da repressão estatal, aduz:

Do ângulo da repressão estatal, a aplicação do princípio da não-significância penal é de se dar num contexto empírico de óbvia desnecessidade do poder punitivo do Estado. Situações em que a imposição de uma pena se auto-evidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer idéia de proporcionalidade.<sup>378</sup>

Além disso, Luiz Flávio Gomes esclarece que o princípio da insignificância incide nos casos em que não há relevante desvalor da ação e/ou do resultado:

Um ponto fundamental que talvez seja útil para o debate consiste em distinguir com clareza ambos os desvalores. A insignificância ora pode residir na conduta, ora no resultado (ou em ambos). Uma coisa é alguém arremessar uma bolinha de papel contra um transporte coletivo (CP, art. 264) e outra distinta é subtrair uma cebola ou um palito de fósforo de alguém (CP, art. 155). O desvalor da ação no primeiro caso é absolutamente nímio. A conduta não conta com periculosidade. Falta-se idoneidade. Já o desvalor da ação na subtração é muito grande, pequeno, no caso, é o desvalor do resultado. Há um terceiro grupo onde podemos constatar ambos os

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2021.

378 Ibidem.



desvalores (é o caso de um acidente de trânsito com culpa levíssima e lesão corporal mínima).<sup>379</sup>

Luís Roberto Barroso ensina que uma das circunstâncias inerentes ao ofício jurisdicional é a apreciação de casos em que a solução prevista em lei levaria a resultados manifestamente injustos. Embora enquadráveis no relato geral de um enunciado normativo, há situações que não parecem merecer as consequências concebidas pelo legislador. Por isso a necessária mediação do intérprete, a fim de calibrar eventuais excessos e produzir a solução mais harmônica com o ordenamento jurídico<sup>380</sup>. Assim:

A dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que juízes e tribunais são intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais.<sup>381</sup>

Nas lições do doutrinador, o debate geral sobre o papel da norma, do problema e do intérprete encontra no princípio da insignificância uma de suas possíveis projeções no direito penal. Assim, objetiva-se, tal como será realizado ao longo do presente trabalho,

---

<sup>379</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 78.

<sup>380</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.108 – Minas Gerais. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 03 de agosto de 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf). Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

<sup>381</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 331-333.

“discutir, em síntese, se os fatos, concretamente apurados, embora formalmente enquadráveis em um tipo penal, são graves a ponto de justificar uma sanção criminal ao agente”.<sup>382</sup>

Concluídos, de forma breve, os estudos acerca da incidência da insignificância no âmbito doutrinário, será analisado, adiante, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do princípio, especificamente, quanto aos crimes contra Administração Pública.

## **2 – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Realizada a análise doutrinária e jurisprudencial acerca do princípio da insignificância e dos crimes contra a Administração Pública no ordenamento jurídico pátrio, é necessário proceder à análise do entendimento dos Tribunais Superiores, notadamente STF e STJ, acerca da aplicação da insignificância, em casos concretos, envolvendo os delitos previstos no Título XI do Código Penal.

### **2.1 O princípio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que não se admite, em regra, a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados contra a Administração Pública. A consolidação de tal posicionamento se verificou com a edição da Súmula 599 da referida Corte, que dispõe que “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”. Diante do exposto, faz-se necessário, inicialmente, uma breve análise de alguns precedentes que originaram o aludido enunciado, com o fito de compreender a *ratio decidendi* dos julgados que levaram à fixação do entendimento nele disposto.

Inicialmente, será analisada, de forma breve, a decisão proferida no bojo do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 572.572, oriundo do estado do Paraná e da lavra da Quinta Turma, com julgamento em 08 de março de 2016<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> Ibidem.

<sup>383</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 572.572 – Paraná. Quinta Turma. Ministro Relator: Jorge Mussi. Julgamento em: 08 de março de 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201402127730&dt\\_publicacao=16/03/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402127730&dt_publicacao=16/03/2016). Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

O caso versado pelo recurso abordava, em suma, a prática do crime previsto no artigo 312, §1º, do Código Penal. Nas razões do aludido recurso, a defesa do acusado pleiteou a incidência do princípio da insignificância, sob a justificativa de que o valor da coisa furtada – *in casu*, de R\$ 2.550,00 (dois mil quinhentos e cinquenta reais) – teria sido irrisório, sendo irrelevante o fato de tratar-se de crime contra a Administração Pública.

Em sua decisão, o Ministro Relator Jorge Mussi afastou a incidência do referido postulado, asseverando ser inaplicável aos delitos contra a administração pública, em razão da natureza do bem jurídico tutelado. Destacou, ainda, que a norma objetiva tutelar, para além do aspecto patrimonial, ou seja, o valor em si do bem subtraído, a moral administrativa. Insuscetível, por sua vez, de valoração econômica.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *habeas corpus* nº 310.458, considerado para a edição do citado enunciado sumular, também afastou o princípio da insignificância a crime contra a Administração Pública.<sup>384</sup>

Na hipótese, o agente, funcionário público, recebeu valores de clientes, apropriando-se destes. Em sede de primeiro grau, foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, inicialmente em regime aberto, substituída por penas restritivas de direitos, bem como ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao artigo 312 do Código Penal. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento à apelação, nos seguintes termos:

APELAÇÃO - PECULATO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE RECEBE VALORES DE CLIENTES, APROPRIANDO- SE DELES - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO, JÁ QUE TENCIONAVA EFETUAR OS PAGAMENTOS PELOS CLIENTES - ABSOLVIÇÃO - Impossibilidade: Bem comprovados os fatos pela farta prova material e testemunhal, inviável aceitar a alegação de ausência de dolo de apropriação, já que o agente manteve o dinheiro em seu poder por meses até que a falcatrua fosse descoberta. DOSIMETRIA - PRÁTICA DE SETE CONDUITAS EM CONTINUIDADE DELITIVA - REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - Descabimento: O aumento pela continuidade delitiva deve observar relação com o número de condutas praticadas, sendo

---

384 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 310.458 – São Paulo. Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgamento: 06 de outubro de 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201403162038&dt\\_publicacao=26/10/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403162038&dt_publicacao=26/10/2016). Acesso em: 24 de fevereiro de 2021.

inviável a aplicação da fração mínima quando mais de duas foram as condutas praticadas. Recurso não provido.<sup>385</sup>

Inconformado com o acórdão, o defensor impetrou *habeas corpus*, sustentando que, na hipótese, afigurava-se desproporcional submeter o paciente a condenação, ao argumento de que, no exercício de sua função, se apropriou de pequeníssimas importâncias que, individualmente consideradas, não correspondem sequer à décima parte do salário mínimo vigente no país.

Em seu voto, o Ministro Relator Ribeiro Dantas decidiu pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração, argumentando, mais uma vez, que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica.

Por fim, a Quinta Turma da Corte Cidadã, por unanimidade, não conheceu do pedido.

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 648.194, em 03 de março de 2016, a Sexta Turma também se alinhou à mesma conclusão.<sup>386</sup> A hipótese versava sobre a prática de peculato, consistente na apropriação de encomendas da “Campanha Papai Noel” dos Correios. Em seu voto, o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior também reforçou a inaplicabilidade do princípio da insignificância.

Afirmou, nesse sentido, que as condutas cometidas pelo agente possuem considerável grau de reprovabilidade, posto que prejudicam um programa destinado a crianças carentes, fragiliza a confiança em programas sociais entabulados pela EBCT, bem como desestimula as ações do voluntariado pela sociedade, em voto acompanhado pela Sexta Turma, sintetizado na ementa a seguir reproduzida:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. APROPRIAÇÃO DE ENCOMENDAS DA CAMPANHA PAPAÍ NOEL DOS CORREIOS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

---

<sup>385</sup> Ibidem.

<sup>386</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 648.194 – São Paulo. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 03 de março de 2016. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500195740&dt\\_publicacao=14/03/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500195740&dt_publicacao=14/03/2016). Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. VERBETE APLICÁVEL A AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. 1. Ao contrário do raciocínio defendido nas razões do agravo, segundo entendimento já pacificado nesta Corte, é possível a aplicação da Súmula 83/STJ aos recursos especiais interpostos tanto pela alínea a como pela alínea c do permissivo constitucional. 2. O entendimento adotado no acórdão impugnado encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte no tocante à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de peculato, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (AgRg no REsp n. 1.308.038/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 29/5/2015). 3. Agravo regimental improvido.<sup>387</sup>

Interessante, ainda, destacar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.382.289 do Estado do Paraná, de relatoria do Ministro Jorge Mussi.<sup>388</sup> O caso em questão se refere à prática do crime de peculato, na forma tentada, por servidor público. Com efeito, o agente tentou desviar material do almoxarifado do setor de Ciências Exatas da Universidade Federal do Paraná exclusivamente em razão de sua condição funcional, que lhe permitia contar com a total confiança dos superiores, além do livre acesso que possuía no setor. Por tal motivo, fora o agente condenado, em sede de apelação, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para impor a pena de 2 anos, 5 meses e 10 dias pela prática do delito mencionado, além da perda do cargo público.

Perante o Superior Tribunal de Justiça, a defesa do condenado sustentou a aplicação do princípio da insignificância ao caso, tese rechaçada pela Quinta Turma em sua unanimidade. Em seu voto, mais uma vez, o Ministro Relator ressaltou que a norma penal busca resguardar a moral administrativa, sendo irrelevante o montante da lesão, haja vista a indisponibilidade do bem tutelado.

---

<sup>387</sup> Ibidem.

<sup>388</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.382.289 – Paraná. Quinta Turma. Ministro Relator: Jorge Mussi. Julgamento: 05 de junho de 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301319252&dt\\_publicacao=11/06/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301319252&dt_publicacao=11/06/2014). Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

Oportuno destacar, ainda, o julgamento do Recurso em *habeas corpus* nº 51.356, oriundo do estado de Santa Catarina, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 03 de fevereiro de 2015.<sup>389</sup>

Segundo consta do caso fático que deu origem ao recurso, o paciente era comissário da Polícia Civil e, durante diligência que resultou na apreensão de diversos produtos de origem ilícita, apropriou-se de jaqueta da marca Adidas, deixando de incluir a peça no auto de exibição e apreensão. Destarte, o agente foi denunciado pelo delito tipificado no artigo 312, *caput*, do Código Penal. Irresignado, o denunciado impetrou *habeas corpus* perante o egrégio Tribunal do estado de Santa Catarina, que denegou a ordem. Em sede de recurso ordinário, o recorrente aduziu estarem presentes os requisitos necessários para a aplicação do princípio da insignificância, em virtude da inexpressividade da lesão causada, pugnando pelo trancamento da ação em razão da atipicidade da conduta.

Mais uma vez, em decisão unânime, a Quinta Turma ratificou a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância ao crime praticado contra a Administração Pública.

Merecem destaque, ainda, alguns julgados recentes realizados pela Corte aplicando a Súmula 599, e, por conseguinte, afastando a incidência do aludido princípio nos delitos contra a Administração Pública.

O Agravo Regimental no *habeas corpus* nº 540.196, oriundo do estado do Acre, teve o seu julgamento realizado em 10 de junho de 2020, e também aplicou o entendimento ora dominante na Corte.<sup>390</sup>

O caso versava sobre a prática de peculato por servidor público, ocupante do cargo de agente da polícia civil. Segundo restou apurado, o agente, em razão do cargo que ocupava, apropriou-se, em proveito próprio, de colete balístico que se destinava a guarnecer a equipe de funcionários da Delegacia local.

---

389 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 51.356 – Santa Catarina. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Julgamento em: 03 de fevereiro de 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201402244673&dt\\_publicacao=18/02/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402244673&dt_publicacao=18/02/2015). Acesso em: 19 de janeiro de 2021.

390 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 540.196 – Acre. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 02 de junho de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903118027&dt\\_publicacao=10/06/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903118027&dt_publicacao=10/06/2020). Acesso em: 19 de janeiro de 2021.

Em suma, em sede recursal, a defesa do agente postulou o reconhecimento da atipicidade em razão da incidência do princípio da insignificância. Em seu voto, o Ministro relator Rogério Schietti afirmou ser pacífica a jurisprudência no sentido de não ser possível a aplicação do princípio aos delitos contra a Administração Pública. A Sexta Turma, nesse passo, por unanimidade, seguiu o voto do Ministro Relator e negou provimento ao agravo regimental interposto pela defesa do denunciado.

Interessante, ainda, o caso tratado pelo Agravo em Recurso Especial nº 1.339.337, oriundo do estado de São Paulo e julgado 19 de março de 2019.<sup>391</sup> Segundo consta do referido caso, o acusado, na condição de vereador, recebeu do Governo do Estado de São Paulo, alguns uniformes para doação às equipes de futebol sediadas na cidade onde exercia sua legislatura.

Contudo, com o fim de promoção pessoal à custa do erário, o então vereador suprimiu os brasões símbolos do Estado de São Paulo estampados nos uniformes, mediante a sobreposição de seu nome e logo, apropriando-se dos referidos bens como se dono fosse. Em seguida, agindo como dono dos aludidos uniformes, o acusado os doou a equipes de futebol. Nesse sentido, foi condenado à prática da conduta prevista no artigo 312 do Código Penal. Em sede de recurso interposto pelo acusado, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, acompanhou o voto da Ministra Relatora.

Em seu voto, afastado o princípio da insignificância, a Ministra ainda destacou a circunstância de o delito ter sido praticado pelo vereador visando à sua promoção pessoal, o que denota maior reprovabilidade da conduta e inviabiliza a incidência o aludido princípio.

Ainda que não se refira a um crime específico contra a Administração Pública, é importante trazer à baila o julgamento proferido pela Corte Cidadã no Agravo Regimental no *habeas corpus* nº 548.869, originário do Rio Grande do Sul, que afastou o princípio da insignificância na hipótese de crime de estelionato cometido em detrimento de entidade de direito público (artigo 171, §3º, do Código Penal).

O caso versava sobre médico que teria registrado seu ponto em Hospital Universitário da FURG, e, em seguida, se retirado do local, descumprindo sua carga horária. Recebida a denúncia, o agente impetrou *habeas corpus*, rejeitado pelo Tribunal Regional

---

391 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.339.337 – São Paulo. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgamento em: 1º de fevereiro de 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91452147&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201801990860&data=20190211&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=91452147&tipo_documento=documento&num_registro=201801990860&data=20190211&formato=PDF). Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

Federal da 4ª Região. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Corte, em decisão, argumentou que não tem admitido a incidência do princípio da insignificância, inspirado na fragmentariedade do Direito Penal, no caso do prejuízo aos cofres públicos, por identificar maior reprovabilidade da conduta delitiva.

Afirmou, nesse sentido, ser incabível o pedido de trancamento da ação penal sob o fundamento de inexistência de prejuízo expressivo para a vítima, porquanto, em se tratando de hospital universitário, os pagamentos aos médicos são provenientes de verbas federais.<sup>392</sup>

Não obstante todos os julgados aqui descritos, é importante destacar que a Corte Cidadã, em entendimento pacífico, realizou algumas exceções à inaplicação do princípio nos crimes contra a Administração Pública.

A jurisprudência do STJ, nesse sentido, é pacífica em admitir a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, previsto no artigo 334 do Código Penal.

Nesse sentido foi decidido o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.346.879, originário do estado de Santa Catarina, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze.<sup>393</sup> Em seu voto, o Relator afirmou que o princípio da insignificância nos crimes de descaminho tem colorido próprio, diante das disposições trazidas na Lei nº 10.522/2002.

O delito de descaminho, contido no artigo 334 do Código Penal, consiste em iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. O crime de descaminho é considerado pela doutrina e jurisprudência como um crime contra a ordem tributária, embora topograficamente localizado no título do Código Penal que versa sobre crimes contra a Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que deve ser reconhecido o princípio da insignificância sempre que o valor do tributo devido e

---

392 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 548.869 – Rio Grande do Sul. Quinta Turma. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 12 de maio de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903581621&dt\\_publicacao=25/05/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903581621&dt_publicacao=25/05/2020). Acesso em: 27 de fevereiro de 2021.

393 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.346.879 – Santa Catarina. Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em: 26 de novembro de 2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201202086465&dt\\_publicacao=04/12/2013](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202086465&dt_publicacao=04/12/2013). Acesso em: 18 de janeiro de 2021.



acessórios, não pago pelo agente, totalizar montante inferior ao mínimo necessário para ajuizamento de execução fiscal. Inicialmente, entendia-se que o valor do tributo elidido a ser considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância seria aquele de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/02. Esse parâmetro foi definido no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.112.748/TO, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.<sup>394</sup>

O julgamento do Recurso Especial nº 1.709.029395, por sua vez, alterou o parâmetro acima fixado.

Com o advento das Portarias nº 75 e 130 do Ministério da Fazenda, houve elevação do teto para o arquivamento de execução fiscal para R\$ 20.000,00. Explique-se: a Portaria nº 75 determina, em seu art. 1º, inciso II, que, até o valor de 20 mil reais, os débitos inscritos como Dívida Ativa da União não serão executados. Diante dessa alteração, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por conseguinte, também elevou o parâmetro para fins de aplicação do princípio, determinando que ele incidirá ao crime de descaminho quando o montante do tributo não recolhido for inferior ao limite de 20.000,00.

Ocorreu, nesse sentido, um distanciamento entre a jurisprudência do Superior Tribunal e Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que aderiu ao novo parâmetro fixado por ato normativo infralegal.<sup>396</sup>

Assim, em consideração ao princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do citado recurso,

---

394 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.112.748. Terceira Seção. Relator: Ministro Félix Fischer. Julgamento em: 09 de setembro de 2009. Disponível em: <https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/AreaCriminal/STJ/REsp1112748.pdf>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2021.

395 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.709.029 – Minas Gerais. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Terceira Seção. Julgamento em: 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1677614&tipo=0&nreg=201702518799&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180404&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

396 Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 136.843. – Minas Gerais. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgamento em 08 de agosto de 2017; Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.173 – Paraná. Relator p/ acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento em 21 de março de 2017; Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 136.958 – Rio Grande do Sul. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgamento em 04 de abril de 2017; Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 136.984 – São Paulo. Relatora Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. Julgamento em 18 de outubro de 2016.

procedeu à revisão da tese fixada no Recurso Representativo da Controvérsia, a fim de adequá-la ao entendimento pela Suprema Corte.

A tese, nesse sentido, passou a ter a seguinte redação: “incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda”.

A jurisprudência, em suma, possui o entendimento de que não há sentido permitir que alguém seja criminalmente processado pela falta de recolhimento de tributo que sequer será cobrado no âmbito administrativo. Assim, considerando ser o direito penal a *ultima ratio*, se o fato sequer é capaz de movimentar a máquina administrativa, com maior razão também não deve ensejar a atuação do *jus puniendi* estatal.

Ressalte-se que, segundo o entendimento do STJ, a aplicação do princípio da insignificância não incide, no crime de descaminho, nas hipóteses em que há habitualidade delitiva, configurada tanto pela multiplicidade de procedimentos administrativos quanto por ações penais ou inquéritos policiais em curso.

De acordo com a referida Corte, a reiteração delitiva denota maior reprovabilidade da conduta do agente, devendo, portanto, ser sopesada para fins de aplicação do princípio da insignificância.<sup>397</sup> Dentre as decisões que aplicaram o entendimento, merecem transcrição as seguintes ementas:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. "A habitualidade na prática do crime do art. 334 do CP denota o elevado grau de reprovabilidade da conduta, obstando a aplicação do princípio da insignificância" (AgInt no REsp n. 1.491.327/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 19/5/2016, DJe 1º/6/2016). 2. Apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais é suficiente para caracterizar a habitualidade

---

397 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.437.999 – Santa Catarina. Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em: 22 de maio de 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201400445483&dt\\_publicacao=02/06/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400445483&dt_publicacao=02/06/2014). Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.398

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Esta Corte entende ser incabível a aplicação do princípio da insignificância quando constatada a habitualidade delitiva nos crimes de descaminho, configurada tanto pela multiplicidade de procedimentos administrativos quanto por ações penais ou inquéritos policiais em curso. 2. Agravo regimental desprovido.399

Além da excepcional aplicação da insignificância aos crimes de descaminho, é importante destacar, por fim, recentes julgados em que o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou o entendimento contido na Súmula 599 e aplicou o princípio a crimes contra Administração Pública.

Tais decisões, embora não constituam o entendimento dominante da Corte, merecem ser destacadas, pois levam à conclusão de que, embora dominante, o entendimento constante do enunciado sumular não é totalmente pacífico.

Por fim, merece destaque a decisão prolatada no bojo do Recurso em *Habeas Corpus* nº 85.272, originário do Rio Grande do Sul, com julgamento ocorrido em 14 de agosto de 2018.<sup>400</sup> Embora não envolva propriamente um delito situado no Título XI, referente aos crimes contra a Administração Pública, o caso versava sobre a prática do crime de dano qualificado contra patrimônio da União (art. 183, parágrafo único, inciso III,

---

398 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.710.745 – Paraná. Sexta Turma. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento em: 20 de março de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201703010494&dt\\_publicacao=05/04/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703010494&dt_publicacao=05/04/2018). Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

399 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.680.329 – Rio Grande do Sul. Quinta Turma. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: julgado em 03 de outubro de 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701537234&dt\\_publicacao=16/10/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701537234&dt_publicacao=16/10/2017). Acesso em: 13 de fevereiro de 2021.

400 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 85.272 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Julgamento em: 14 de agosto de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1738476&num\\_registro=201701316304&data=20180823&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1738476&num_registro=201701316304&data=20180823&formato=PDF). Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

do Código Penal), razão pela qual a discussão envolve a aplicação da insignificância à administração.

Segundo relatado no recurso, um idoso de 83 anos, na condução de veículo automotor, destruiu e inutilizou um cone de sinalização pertencente à Polícia Rodoviária, causando, assim, danos ao patrimônio público estadual. Interposto habeas corpus, requerendo o trancamento da ação em razão da incidência do princípio da insignificância, o tribunal de origem o denegou.

Em sua decisão, foi afirmado que, ainda que se considere que a atuação do agente tenha sido de pouca repercussão ao patrimônio do Estado, é preciso considerar o seu contexto e repercussão, a revelarem intensa lesividade. Aduziu o relator que a transposição de bloqueio organizado pela polícia rodoviária e a decorrente avariação de cone de sinalização apresentam alto grau de reprovação gerando sentimento de insegurança aos demais cidadãos, o que reclama imediata providência das autoridades.

Em sede de recurso em *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela aplicabilidade do princípio no caso em análise.

O Ministro Relator Nefi Cordeiro, em seu voto, destacou que a subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. Afirmou, assim, que a falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dano à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.

Nesse sentido, trouxe à baila a necessidade de concomitância dos quatro vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Concluiu, assim, que, a despeito do teor do enunciado sumular nº 599, no sentido de que o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos à época dos fatos, avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, considerando que inexistente interesse social na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

Dessa forma, o Ministro Relator, em mitigação excepcional da Súmula 599 do STJ, entendeu pela incidência do princípio da insignificância no caso concreto, dando

provimento, em decisão unânime, ao recurso para determinar o trancamento da ação penal.

Diante da análise dos julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o entendimento majoritário da referida Corte é pela inaplicação do princípio da insignificância nos termos da Súmula 599, existindo, não obstante, excepcionais julgados que entendem pela sua incidência, tomando-se como exemplo o recurso acima analisado. Merece destaque ainda a ressalva realizada, em posicionamento pacífico da Corte Cidadã, que entende pela incidência do princípio no delito de descaminho.

## **2.2. O princípio da insignificância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Para o Supremo Tribunal Federal, a prática de crime contra a Administração Pública, por si só, não impede a aplicação do princípio da insignificância. Para compreender a fundo este posicionamento e as fundamentações utilizadas, serão analisadas as decisões proferidas pela Suprema Corte envolvendo crimes contra a Administração Pública, verificando-se, assim, em que medida se dá a divergência com os julgados prolatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O *habeas corpus* nº 107.370401, originário do estado de São Paulo, versa sobre a prática de peculato, consistente na subtração de objetos da Administração Pública avaliados em 130,00 (cento e trinta reais). Com efeito, o agente, funcionário da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, subtraiu duas luminárias de alumínio e fios de cobre que estavam em desuso.

O juízo de origem condenou-o à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de multa, substituídos por pena restritiva de direitos. Interposta apelação no Tribunal de Justiça pela defesa, foi negado provimento ao recurso. Assim, a defesa impetrou *habeas* no STJ, alegando a incidência do princípio da insignificância, ocasião em que o Tribunal o afastou e denegou a ordem.

No *writ* ora analisado, o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, consignou que o princípio da insignificância solidificou-se como importante instrumento de aprimoramento do Direito Penal, sendo paulatinamente reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente a do Supremo Tribunal Federal.

---

401 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.370 – São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 26 de abril de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1256111>. Acesso em: 15 de janeiro de 2021.

Reconhece, nesse sentido, a plausibilidade da tese sustentada pelo impetrante. Afirmou, assim, que não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a subtração de objetos da Administração Pública, avaliados em R\$ 130,00 (cento e trinta reais), e quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade. E, em voto mercedor de sua integral transcrição, continua:

Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se a sua intervenção mínima, somente devendo atuar para a proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao direito penal — como instrumento de controle mais rígido e duro que é — ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado.

Assim, só cabe ao Direito Penal intervir quando outros ramos do direito se demonstrarem ineficazes para prevenir práticas delituosas (princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*), limitando-se a punir somente as condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade (princípio da fragmentariedade).

O eminente Ministro também realiza uma breve análise acerca da incidência, no caso concreto, dos vetores determinados pelo STF, já mencionados ao longo do presente trabalho. Conclui, portanto, que o prejuízo material foi insignificante e que a conduta não causou lesividade à ordem social, havendo que incidir, por conseguinte, o princípio da bagatela. Assim, a Corte Suprema, por maioria, deferiu a ordem para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e absolver o paciente.

No *habeas corpus* nº 112.388402, originário de São Paulo, o Supremo também concluiu pela incidência do princípio da insignificância.

A hipótese tratada no recurso versava sobre a prática pelo delito de peculato-furto, previsto no artigo 312 do Código Penal. No caso, um carcereiro teria se apropriado de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida, bem estimado em treze reais.

---

402 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112.388 – São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em: 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751590>. Acesso em: 24 de janeiro de 2021.

Em sede de primeiro grau, o agente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, pela prática do delito mencionado, com substituição por pena restritiva de direitos. A sentença, ainda, o condenou à perda do cargo público. Interposta apelação, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso da defesa e manteve a condenação.

Buscando a aplicação do princípio da insignificância, a defesa manejou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATOFURTO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A nulidade pela ausência de abertura de prazo para oferecimento da defesa preliminar prevista no art. 514 do Código de Processo Penal tem natureza relativa, devendo ser arguida tempestivamente e com demonstração do prejuízo, sob pena de preclusão. 2. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, também fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa prévia, conforme a dicção da Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça. 3. No caso concreto, a Defesa silenciou acerca do tema durante todo o iter processual, vindo a alegar a mácula tão somente por ocasião da impetração do presente habeas corpus, dirigido contra o acórdão - já transitado em julgado - proferido na apelação. 4. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão. 5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado<sup>403</sup>

No julgamento do recurso, a Segunda Turma do Supremo, por maioria, reconheceu a aplicação do princípio da insignificância ao caso, concedendo a ordem, em razão do valor insignificante da *res*, periculosidade não considerável do agente, bem como das circunstâncias do caso, conforme se verifica da respectiva ementa:

---

403 Ibidem.

AÇÃO PENAL. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.<sup>404</sup>

Outro julgado merecedor de análise é o *Habeas Corpus* nº 104.286, oriundo do estado de São Paulo, também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.<sup>405</sup> No caso, o paciente foi condenado por infração ao disposto no artigo 1º, II, do Decreto Lei nº 201/1967, por utilizar máquinas e caminhões de propriedade da prefeitura daquele município, na sua propriedade particular, para efetuar serviços de terraplanagem no terreno de sua residência. No caso, o valor devido pelo ex-prefeito ao Município seria de, aproximadamente, R\$ 40,00.

A Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São, por unanimidade, condenou o paciente à pena de 2 anos de detenção, em regime inicial aberto, substituída por pena restritiva de direito. Impetrado *habeas corpus* sob a alegação de insignificância da conduta, o STJ, por unanimidade, denegou a ordem.

No STF, o Ministro Relator entendeu pela incidência do aludido princípio. Em seu voto, o Ministro afirma que, para levando-se em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocado é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente ter praticado o crime na condição de prefeito da municipalidade.

---

404 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112.388 – São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em: 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751590>. Acesso em: 24 de janeiro de 2021.

405 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.286 – São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 03 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623194>. Acesso em 25 de janeiro de 2021.



Alegou, nesse sentido, que reputa mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para a incidência do princípio da bagatela, devem ser sopesadas somente as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, e não atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder a uma análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Discordou, expressamente, do fundamento utilizado pelo STJ, ao afastar a incidência da insignificância tão só pelo fato de o paciente exercer o cargo de prefeito no momento da infração, aduzindo que, ao assim agir, deu-se prioridade ao “agente-do-fato” e não ao “fato-do-agente”. Criticou ainda que não se pretendeu, em momento algum, auferir a reprovabilidade, a censurabilidade do comportamento criminoso, afastando-se o princípio sem sequer examinar se a conduta possuía ou não a condição de provocar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Concluiu não conseguir vislumbrar a tipicidade material, vez que as condições que circundam o delito dão conta de sua singeleza, miudeza e não habitualidade, não havendo qualquer lesividade efetiva e concreto ao bem tutelado, sendo atípica a conduta imputada. A Segunda Turma, por conseguinte, em decisão unânime, deferiu a ordem para cassar a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça.

Nos casos acima mencionados, depreende-se que o STF se utilizou dos já mencionados quatro vetores para concluir pela aplicação do princípio no caso concreto. Para compreender integralmente como se dá, diante da realidade fática, a incidência dos vetores estabelecidos pela Corte Suprema, faz-se necessário, ainda, a análise de decisão do Supremo afastando o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública.

No julgamento do *habeas corpus* nº 134.561406, originário do estado de Goiás, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, a hipótese versava sobre a prática dos crimes de corrupção ativa e resistência, previstos, respectivamente, nos artigos 333 e 329 do Código Penal. No caso, o acusado teria oferecido a quantia de R\$ 35,00 a policiais rodoviários federais, a fim de que se abstivessem de o autuar por condução de veículo sob efeito de bebida alcoólica e sem habilitação.

---

406 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 134.561 – Goiás. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 09 de março de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311373126&ext=.pdf>. Acesso em: 23 de janeiro de 2021.

Em seu pedido, a parte impetrante sustentou a aplicabilidade do princípio da insignificância, tendo em vista que o delito não teria sido cometido com ameaça ou violência, o valor da vantagem oferecida foi de pequena monta (R\$ 35,00) e a espécie em dinheiro não foi aceita pelos policiais, não havendo, segundo a defesa, que se falar em qualquer prejuízo, seja de ordem financeira ou moral.

Em seu voto, o eminente Ministro Relator Luís Roberto Barroso entendeu não estarem preenchidos os requisitos necessários ao reconhecimento da atipicidade material da conduta. Lembrou, inicialmente, que a correta aplicação do princípio da insignificância exige a presença simultânea dos quatro requisitos já mencionados. Afirmou que, ao contrário do que sustenta a defesa, os fatos denunciados são típicos, pois dotados de relevância penal.

Nesse contexto, a conduta do paciente lesou a Administração Pública, que foi atingida de forma expressiva, podendo-se falar, portanto, em significativa periculosidade social da ação, a rechaçar o princípio da insignificância. Reportando-se ao parecer proferido pelo Ministério Público Federal, salientou que a Administração Pública deve zelar não só por interesses patrimoniais, mas, com igual ou superior importância, por interesses morais, frontalmente atingidos pela conduta do paciente. E, nesse cenário, continua o voto, transcrevendo interessante trecho do parecer ministerial:

15. Assim sendo, não há o que reparar no acórdão do Tribunal Regional Federal, pois, independentemente do valor da vantagem indevidamente oferecida a funcionário público para que pratique ou deixe de praticar ato de ofício, a lesão à moral administrativa – bem de insuscetível de valoração econômica – confere acentuado grau de reprovabilidade à conduta.

16. Tanto é assim que, tratando-se a corrupção ativa de delito formal, é irrelevante que o funcionário público aceite a vantagem indevida ofertada pelo corruptor para a consumação do crime e, conseqüentemente, é irrelevante o valor da vantagem oferecida. Vale dizer que a própria conduta de oferecer a vantagem indevida ao funcionário público para que pratique ou deixe de praticar ato de ofício já configura o crime de corrupção ativa, não importando o valor da vantagem oferecida ou se esta é aceita pelo funcionário. 17. Nesse contexto, portanto, a conduta do paciente não pode ser considerada penalmente irrelevante, tratando-se de comportamento altamente reprovável, que deve ser combatido pelo direito penal.

Assim, ante a ofensividade da conduta, periculosidade da ação e o alto grau de reprovabilidade do comportamento, concluiu não se cogitar em descaracterização da tipicidade penal.

Ressalte-se, como já anteriormente mencionado, que o Supremo Tribunal Federal, quanto ao crime de descaminho, possui entendimento alinhado com o adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, o posicionamento pacífico da Corte Constitucional é de que, em tais delitos, o valor da tributação elidida, para fins de aplicação do princípio da insignificância, é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), montante previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pelas Portarias nº 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. A seguir, vejamos ementa do julgamento do *habeas corpus* nº 155.347, oriundo do estado do Paraná, que entendeu pelo trancamento da ação penal em razão da incidência da insignificância ao delito de descaminho:

Habeas corpus. Penal. Crime de descaminho (CP, art. 334). Trancamento da ação penal. Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida.

1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes.

2. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 19.750,41 e o paciente, segundo os autos, não responde a outros procedimentos administrativos fiscais ou processos criminais, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho com base no princípio da insignificância.

3. Ordem concedida para se restabelecer o acórdão de segundo grau, no qual se manteve a sentença absolutória proferida com base no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.407

---

407 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 155.347 – Paraná. Segunda Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 17 de abril de 2018. Disponível em:

Ressalte-se que, assim como entende o STJ, o Supremo Tribunal Federal entende que a habitualidade na prática do crime previsto no artigo 334 do Código Penal denota elevado grau de reprovabilidade da conduta, obstando, por conseguinte, a aplicação do princípio da insignificância. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. DOSIMETRIA. REVISÃO. TEMA NÃO EXAMINADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. I – Verifica-se do acórdão impugnado que o pedido de revisão da dosimetria da pena não foi analisado pela Corte Superior. Desse modo, o exame da matéria por este Tribunal implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF, descritos no art. 102 da Constituição Federal. II – Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Contudo, os fatos narrados demonstram a necessidade da tutela penal em função da maior reprovabilidade da conduta do agente. III – No caso sob exame, o paciente detinha a posse de cigarros de origem estrangeira – sem a documentação legal necessária – e de cigarros nacionais do tipo exportação, cuja repatriação é proibida. Como se sabe, essa é uma típica mercadoria trazida do exterior, sistematicamente, em pequenas quantidades, para abastecer um intenso comércio clandestino, extremamente nocivo para o País, seja do ponto de vista tributário, seja do ponto de vista da saúde pública. IV – Os autos dão conta da reiteração delitiva, o que impede a aplicação do princípio da insignificância em favor do paciente, em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento. V – Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.<sup>408</sup>

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14763951>. Acesso em: 23 de janeiro de 2021.

408 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.892 – São Paulo. Segunda Turma. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 10 de fevereiro de 2015. Disponível em:

Não obstante a possibilidade de aplicação do princípio, é firme a jurisprudência da Corte Superior no sentido de que todas as circunstâncias que permeiam o delito devem ser ponderadas para fins de aplicação da insignificância, o que também recomenda a incursão no conjunto fático, sobre o qual se reconhece a soberania das instâncias ordinárias. Assim:

A aplicação do princípio da insignificância deve ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. (...) O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade.<sup>409</sup>

Além disso, do ponto de vista crítico, se faz interessante a análise da seletividade da aplicação do princípio da insignificância no sistema penal brasileiro, abordada em voto proferido pelo brilhante Ministro Luís Roberto Barroso e que merece a reflexão:

Em matéria de insignificância, como tudo o que envolve o sistema penal brasileiro, a seletividade também está presente. Nesse sentido, qualquer observador da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode confirmar que o furto de um par de chinelos, de dois frascos de sabonete íntimo ou de alguns bombons, todos avaliados em menos de R\$ 50,00 (cinquenta reais), justifica a prisão do acusado, em regime inicial no mínimo semiaberto, caso se trate de reincidente. No entanto, se uma pessoa comete descaminho por duas vezes, sonogando R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em tributos na primeira oportunidade e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na segunda, o sistema penal não é acionado, por não ter sido excedido o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Em conclusão deste tópico, é fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente qualquer das funções próprias da pena criminal: não previne, não

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164393>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

409 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114.174 – Rio Grande do Sul. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux, Julgamento: 05 de novembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24655215/habeas-corpus-hc-114174-rs-stf/inteiro-teor-112141142>. Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa. A despeito disso, toda sociedade democrática precisa de uma dose inevitável e proporcional de repressão penal e punição, como pressuposto da vida civilizada e da proteção dos direitos humanos de todos. É imperativo, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio. De fato, sem descuidar dos deveres de proteção que o Estado tem para com a sociedade, as instituições e as pessoas, juízes e tribunais devem prestigiar os entendimentos razoáveis que não sobrecarreguem ainda mais o sistema, nem tampouco imponham aos apenados situações mais gravosas do que as que decorrem da lei e das condenações que sofreram. A Justiça, aqui, envolve a ponderação entre os deveres de proteção da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais dos condenados, temperada com uma dose de pragmatismo e de senso de realidade.<sup>410</sup>

Nos termos das reflexões trazidas pelo Barroso, a alarmante situação carcerária no Brasil e o alto índice de reincidência dos egressos do sistema prisional são problemas altamente complexos e graves, que não podem ser integralmente resolvidos pelo Judiciário. Assim, a reconfiguração jurisprudencial da insignificância constitui mecanismo realista e pragmático de lidar com a realidade presente, até que ela possa ser modificada.

Diante de todo o exposto, sobretudo da divergência existente entre as decisões proferidas pelo STF e STJ, revela-se a necessidade de uniformização da jurisprudência, de modo que os Tribunais Superiores sejam harmônicos na aplicação dos vetores estabelecidos pela Corte Constitucional, bem como de outros critérios objetivos que confirmem a casos similares tratamento isonômico. Há, assim, a "necessidade de revisitação do princípio da insignificância, não para limitar a sua incidência, mas para assentar suas bases materiais e permitir o desenvolvimento de critérios de aplicação mais uniformes, mais racionais, que permitam um tratamento isonômico a crimes similares, praticados de maneira semelhante".<sup>411</sup>

## CONCLUSÃO

---

410 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.108 – Minas Gerais. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 03 de agosto de 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf). Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

411 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A confusa exegese do princípio da insignificância**. In: Temas relevantes de direito penal e processual penal. Coord.: Luiz Rascovski. 2012. p. 251.

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que há grande divergência entre seus posicionamentos acerca da aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico, sedimentado no enunciado 599, segundo o qual o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública. De acordo com a referida Corte, a norma penal objetiva tutelar, para além do aspecto patrimonial, ou seja, o valor em si do bem subtraído, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica.

Assim, a par de julgados excepcionais que aplicam o princípio nos delitos contra a Administração Pública, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é resistente em reconhecer a sua incidência aos referidos crimes, em razão do bem jurídico tutelado.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, possui posicionamento diametralmente oposto daquele firmado pela Corte Cidadã, compreendendo que o princípio da insignificância é plenamente aplicável aos crimes contra a Administração Pública. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional se vale da análise de quatro vetores, fixados no âmbito da própria Corte, para fins de verificar a incidência do princípio da insignificância no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

De acordo com a Suprema Corte brasileira, não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a condutas que causam mínima lesão aos bens jurídicos protegidos no Título XI do Código Penal. Privilegia, portanto, o entendimento segundo o qual o Direito Penal é a *ultima ratio*, dando-se prevalência aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade no caso concreto, ainda que se trate de delitos praticados em detrimento da Administração Pública.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em verdade, possuem em comum tão somente o consolidado entendimento de que pode ser o princípio reconhecido nos delitos de descaminho, sempre que o valor do tributo devido e acessórios, não pago pelo agente, totalizar montante inferior ao mínimo necessário para ajuizamento de execução fiscal.

A falta de harmonia entre os julgados do STF e STJ vão de encontro à tendência, existente no ordenamento jurídico brasileiro, de zelar cada vez mais pela coerência e estabilidade na jurisprudência. Não há dúvidas de que os Tribunais Superiores precisam de

critérios mais sólidos e o estabelecimento de entendimento harmônico e alinhado para aplicação do princípio da insignificância, sob pena de cometer injustiças e não formar uma jurisprudência estável e coerente entre si, a ser observada por todos os graus de jurisdição.

Faz-se imprescindível, dessa forma, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores se alinhe quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância nos casos a eles submetidos, mantendo a integridade e linearidade em suas decisões e garantindo, por conseguinte, a segurança jurídica aos seus jurisdicionados, essencial para a garantia do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º a 120)**. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A confusa exegese do princípio da insignificância**. In: Temas relevantes de direito penal e processual penal. Coord.: Luiz Rascovski. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 19.042 – DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201101429615&dt\\_publicacao=01/03/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101429615&dt_publicacao=01/03/2012). Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 572.572 – Paraná. Quinta Turma. Ministro Relator: Jorge Mussi. Disponível em:



[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201402127730&dt\\_publicacao=16/03/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402127730&dt_publicacao=16/03/2016). Acesso em: 20 de janeiro de 2021. Julgamento em: 08 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 648.194 - São Paulo. Sexta Turma. Ministro Relator: Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 03 de março de 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500195740&dt\\_publicacao=14/03/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500195740&dt_publicacao=14/03/2016). Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 548.869 – Rio Grande do Sul. Quinta Turma. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 12 de maio de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903581621&dt\\_publicacao=25/05/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903581621&dt_publicacao=25/05/2020). Acesso em: 27 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.382.289 - Paraná. Quinta Turma. Ministro Relator: Jorge Mussi. Julgamento: 05 de junho de 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301319252&dt\\_publicacao=11/06/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301319252&dt_publicacao=11/06/2014). Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.346.879 – Santa Catarina. Quinta Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201202086465&dt\\_publicacao=04/12/2013](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202086465&dt_publicacao=04/12/2013). Acesso em: 18 de janeiro de 2021. Julgamento em: 26 de novembro de 2013. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.437.999 – Santa Catarina. Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento em: 22 de maio de 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201400445483&dt\\_publicacao=02/06/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400445483&dt_publicacao=02/06/2014). Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.710.745 – Paraná. Sexta Turma. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento em: 20 de março de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201703010494&dt\\_publicacao=05/04/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703010494&dt_publicacao=05/04/2018). Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.680.329 – Rio Grande do Sul. Quinta Turma. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: julgado em 03 de outubro de 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701537234&dt\\_publicacao=16/10/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701537234&dt_publicacao=16/10/2017). Acesso em: 13 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.112.748. Terceira Seção. Relator Ministro Félix Fischer. Julgamento em: 09 de setembro de 2009. Disponível em: <https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/AreaCriminal/STJ/REsp1112748.pdf>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.770.833. Alagoas. Quinta Turma. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgamento em 20 novembro de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&s\\_equencial=90052347&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201802606800&data=20181122&tipo=0&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&s_equencial=90052347&tipo_documento=documento&num_registro=201802606800&data=20181122&tipo=0&formato=PDF). Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental Habeas Corpus nº 181.389 – São Paulo. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 14 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752736209>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Execução Penal nº 22. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário. Julgamento: 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8038320>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95.570 – Santa Catarina. Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 1º de junho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613699>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.836 – Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 19 de maio de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3324066>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.286 – São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em 03 de maio de 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623194>. Acesso em 25 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.370 – São Paulo. Ministro Relator Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgamento em: 26 de abril de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1256111>. Acesso em: 15 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.017 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085879/habeas-corporus-hc-111017-rs-stf/inteiro-teor-110525157>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112.388 – São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em: 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2751590>. Acesso em: 24 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112.400 – Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 22 de maio de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2518080>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114.174 – Rio Grande do Sul. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgamento: 05 de novembro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24655215/habeas-corporus-hc-114174-rs-stf/inteiro-teor-112141142>. Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.892 – São Paulo. Segunda Turma. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164393>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.108 – Minas Gerais. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 03 de agosto de 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_123108\\_MLRB.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf). Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.573 – São Paulo. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 11 de novembro de 2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341790840&ext=.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 134.561 – Goiás. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento em: 09 de março de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311373126&ext=.pdf>. Acesso em: 23 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 141.500 – São Paulo. Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 13 de novembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749246201>. Acesso em 26 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 155.347 – Paraná. Relator Ministro Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento em: 17 de abril de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14763951>. Acesso em: 23 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Habeas Corpus nº 84.412-0 – São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29 de junho de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 174.784 – Mato Grosso do Sul. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752578539>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 133.043 – Mato Grosso do Sul. Segunda Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11005766>. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial**: arts. 213 a 359-H. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CINTRA, Adjair de Andrade. Aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

DE MIRANDA PINHEIRO, José Arruda et al. Aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato. Revista da Defensoria Pública da União, n. 01, 2009.

DIB, Natália Brasil; GUARAGNI, Fábio André. O princípio da insignificância e os crimes contra a ordem tributária: linhas críticas à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Jurídica, v. 1, n. 28, p. 378-405, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial, volume III. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. vol. 1. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. O princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro. **Direito em movimento**, v. 16, n. 1, p. 110-142, 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Yuri Corrêa da. Princípio da insignificância em matéria penal: entre aceitação ampla e aplicação problemática. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 203-233, June 2012 . Available from [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 de fevereiro de 2021.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado** – Parte Geral. 4. ed. vol. 1. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: parte especial. Arts. 213 a 359-H. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 646.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEFAM, André. **Direito Penal**: parte especial (arts. 235 a 359-H). 4. ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI; José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais.

## **CARACTERIZAÇÃO E PROTEÇÃO JURÍDICA DOS GRUPOS E DAS PESSOAS VULNERÁVEIS**

**ANA LUIZA MELO LEAL:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogada licenciada. Assessora de Promotor de Justiça no Ministério Público de Pernambuco. Residente em Recife/PE.

**RESUMO:** O presente artigo parte da análise da inserção da pessoa e do grupo vulnerável na crise do Estado Social, englobando o entendimento acerca da vulnerabilidade para autores como Leonor Suárez Llanos e Robert Castel. Para tanto, foi necessário discutir não só sobre o que leva um indivíduo a ser considerado vulnerável - por meio da diferenciação entre certas expressões que podem ser confundidas com o conceito que aqui se defende -, mas também sobre a necessidade de proteção dessas pessoas. O estudo se justifica pela imperatividade de discussão sobre os critérios norteadores da localização do vulnerável como sujeito de direitos especiais. Assim, buscou-se realizar uma análise das principais legislações brasileiras acerca do tema, utilizando-se do arcabouço legislativo e doutrinário acerca dos pontos investigados.

**Palavras-chave:** Estado Social. Vulnerabilidade. Proteção. Pessoas vulneráveis. Grupos vulneráveis. Direitos individuais.

### **INTRODUÇÃO**

Diante da importante passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com o entendimento consolidado na Constituição Federal de 1988 sobre a igualdade material entre as pessoas em situações não equivalentes, questões relativas à tutela jurídica dos vulneráveis ganham ainda mais relevância, notadamente pela necessidade protetiva desses grupos e pessoas.

Nesse cenário, o Estado, por meio do Direito, transforma-se em instrumento primordial para o resgate de conceitos e de condições que são oportunas ao desenvolvimento do direito especial direcionado ao vulnerável. Pensar sobre o papel jurídico, inserido dentro dos três Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) significa refletir sobre possíveis formas de barreiras à omissão estatal.

Quando se leva em consideração a “zona de vulnerabilidade” (CARTEL, 1998) em que muitas pessoas se inserem, também é possível refletir sobre o conceito de

vulnerabilidade como “fórmula”, considerando-se, primordialmente, os riscos a que os vulneráveis são expostos, bem como sua capacidade de resiliência (LLANOS, 2013).

Para tanto, pretende-se realizar uma análise legislativa das principais normativas brasileiras atuais, bem como um apanhado doutrinário, imiscuindo-se inicialmente sobre o conceito do termo, para, depois, caracterizar o vulnerável dentro do ordenamento jurídico, a fim de que, então, possam ser apresentados os critérios de proteção.

A estrutura do artigo é definida em tópicos, que abordam os objetivos específicos do artigo. O primeiro busca compreender as discussões sobre a passagem do Estado Liberal para o Social, analisando o papel estatal moderno na redução das desigualdades inerentes à vulnerabilidade, a partir da função do Direito.

A seguir, no segundo capítulo, em uma abordagem sobre a nomenclatura “vulnerabilidade”, pretende-se analisar o conceito do termo associado à exposição a riscos a direitos.

Ao cabo, no terceiro e derradeiro capítulo, objetiva-se analisar a caracterização e a proteção de pessoas e grupos vulneráveis, bem como os motivos pelos quais os direitos individuais devem ser considerados em um patamar de importância no tocante aos grupos considerados como coletivos.

Para alcançar os objetivos a que este escrito se presta, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, buscando-se mesclar aspectos legislativos e doutrinários, de forma a compreender as concepções do vulnerável brasileiro, as quais conduzem à conclusão deste trabalho.

Por fim, ressalta-se que, como bibliografia básica para o presente estudo, foram utilizados os apontamentos de doutrinadores como Llanos (2013), Fernández (2013), Wucher (2000) e Séguin (2002), bem como trabalhos acadêmicos amplamente disponibilizados em sítios da *internet*.

## **1. ESTADO SOCIAL: INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE EXCLUSÕES EM CRISE**

O ponto de partida da concepção deste trabalho dá-se por meio da tensão entre duas concepções de Estado, que servem à discussão sobre o modelo a ser seguido e serve, conseqüentemente, como marco preparatório do entendimento acerca do que é o vulnerável a partir das funções estatais. Afinal, segundo José Fernández, o Estado tem papel na estruturação social, que é fruto de uma construção originada nas interações sociais originadas de processos e legitimações da ordem social resultante (FERNÁNDEZ, 2013, p. 96)



De um lado, tem-se a concepção liberal de Estado, que é acompanhada de um Direito que se expressa através da segurança jurídica, da igualdade formal e da autonomia do indivíduo, com a perspectiva de proteger certos direitos e liberdades individuais, inclusive da interferência estatal (MÉLO, 2006, p. 19-20).

De outro lado, como manifestação do Estado Social - que começou a ser observada a partir da Constituição de 134 -, tem-se a solidariedade e igualdade substancial, com o objetivo de reestruturar a ordem social, para promover a superação das desigualdades sociais e econômicas. Isso é feito, no Estado Social, por meio da criação de condições de vida razoáveis, segurança e liberdade sociais, sem abandonar a ideia de Estado de Direito (MÉLO, 2006, p. 19-20).

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, mais interventor, são perceptíveis três esferas que receberam maiores mudanças: administrativa, de interesse comum e de liberdade econômica. Pode-se citar a igualdade material como uma das mais importantes, segundo a qual não se pode estabelecer tratamento diferenciado às pessoas que estão em situação equivalente, o que é de extrema importância quando se traz à baila discussões sobre exclusão social e vulnerabilidade.

Atualmente, todavia, é observada uma crise no intervencionismo desse modelo estatal e, conseqüentemente, um baque para a ordem social a ser seguida. Uma das conseqüências nefastas dessa crise é a delimitação da “zona de vulnerabilidade”, seguindo os termos de Robert Castel (1998), o que faz com que os indivíduos e os grupos vulneráveis tornem-se desamparados pelo Estado.

São três as zonas sociais de inserção: a zona de integração, que combina as inserções em trabalho estável com relações de proximidade fortes; a zona de desfiliação, situada no polo oposto e marcada pelo não trabalho e pelo isolamento relacional (caso dos indivíduos levados à mendicância, por exemplo); e a zona de vulnerabilidade, localizada entre os dois polos e delimitada pela inserção precária no trabalho e pela fragilidade das relações de proximidade. Diante disso, Robert Castel convoca a expressão “vulnerabilidade social” para descrever a condição social daqueles indivíduos situados entre a integração e a desfiliação (CASTEL, 1998 *apud* IPEA, 2018, p. 11-13).

Inserido no conceito de vulnerabilidade social, o conceito de exclusão é entendido cada vez menos como um estado (situação estática) e cada vez mais como a manifestação de um processo (chegar a), que tende a conduzir a um estado de precariedade e fragilidade que, se não for detido com medidas corretivas (políticas sociais), arrasta as pessoas para a exclusão e a pobreza (FERNÁNDEZ, 2013, p. 96).

Vários fatores podem ser pensados como inseridos na zona vulnerabilidade, sendo os relacionados com o emprego um dos mais decisivos, juntamente com a maior complexidade que adquire a estrutura social. Dois exemplos determinantes, que podem ser observados no contexto espanhol, de onde Fernández parte, são o dos imigrantes e da complexidade da estrutura social, com a diversificação dos tipos de família, especialmente monoparentais, que muitas vezes associam as mães “solo” ao crescimento da pobreza (FERNÁNDEZ, 2013, p. 99).

Segundo a mentalidade da União Europeia, a saída para a diminuição dos índices de desemprego reside nas políticas sociais denominadas de “ativação”, partindo do modelo de *workfare*, em contraposição ao *welfare*. Todavia, elas não demonstram a eficácia da redução da pobreza: muitas pessoas sequer têm acesso a cursos e treinamentos para acessar o mercado de trabalho (FERNÁNDEZ, 2013, p. 100-101).

No Brasil, por sua vez, as amarras do neoliberalismo governante nos tempos atuais revertem o processo imposto pelas concepções individuais e servem de estaque aos direitos civis. Assim como o mito da “ativação” espanhol, em território nacional, o emprego surge como solução idealizada, dentro de um contexto de derrocada de garantias aos cidadãos, como a Reforma Trabalhista, que prejudicou de forma exponencial o trabalhador, procurando adotar uma equiparação fantasiosa entre o empregado e o empregador.

Em que pese os momentos de crise da intervenção estatal, a concepção hodierna deve ser a mesma: os Estados modernos, baseados na ideia de bem-estar-social, devem ser responsabilizados caso se omitam no asseguramento de direitos para a população, indo além de ser mero provedor de bens e serviços. A passagem do Estado Liberal para o Social e democrático, em que o individualismo é superado pela solidariedade, deve ser o norte para guiar a proteção das pessoas vulneráveis, dando-se enfoque principal na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Estado deve ser vital para a busca pelo reconhecimento das pessoas vulneráveis, tendo como um de seus instrumentos primordiais o Direito. Por meio deste, o Estado, como elo mais forte nas relações com os particulares, tem o dever de absorver as demandas através de sua organização por poderes: quanto a políticas públicas, tem-se o Executivo; o Legislativo, com a proteção da norma sobre os vulneráveis; e o Judiciário, com o papel de localização de atividade jurisdicional protetiva da diferença.

Desse modo, os critérios axiológicos e racionais que legitimam o Estado e justificam seu poder coercitivo devem servir também para elucidar as razões a favor da proteção jurídica institucional dos vulneráveis. Existe um conjunto de argumentos críticos advindos do modelo de Estado de Direito que protege os direitos individuais que explicam e

justificam a reivindicação da proteção de grupos e indivíduos vulneráveis (LLANOS, 2013, p. 41).

A fim de melhor compreender o conceito de vulnerabilidade, bem como quais são os direitos individuais a quem os vulneráveis têm se amparado, o Direito - por meio das legislações brasileiras atuais - surge como elemento essencial, como se verá a seguir.

## **2. O CONCEITO DE VULNERABILIDADE COMO “FÓRMULA” INSERIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Definir vulnerabilidade é essencial para a defesa dos direitos humanos/fundamentais como *standards* contra-majoritários em defesa dos cidadãos e grupos de cidadãos que necessitam de direitos específicos (FIGUEIREDO; NORONHA, 2008, p. 129).

A busca por esse conceito exige a eliminação da ideia de desvantagem injusta. Uma igualdade material no gozo dos direitos e que sirva para dar sentido à justificativa democrática depende da garantia de uma realização igual dos pontos de partida, nos termos da discriminação positiva (LLANOS, 2013, p. 46).

Para que se possa almejar o entendimento do que se configura a vulnerabilidade, é necessário que se tenha uma noção, em que pese divergente, do que aquele direito representa e quais são os caminhos necessários para que ele se torne um instrumento eficaz.

Por uma das concepções do termo, tem-se a vulnerabilidade no mesmo contexto da significação de “precariedade”, sendo correlacionada à pouca disponibilidade dos recursos materiais e à falta de acesso a bens e serviços públicos (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 2).

Todavia, tratar meramente da precariedade do acesso a bens, serviços ou direitos não abarca todas as matizes da noção de vulnerabilidade. Por isso, há o desafio de trabalhar o conceito através de uma abordagem jurídica e social, buscando identificar quais grupos vulneráveis são esses (FIGUEIREDO; NORONHA, 2008, p. 131).

Nesse sentido, para localizar os grupos vulneráveis, intenta-se verificar quais grupos de pessoas que demandam algum tipo de proteção específica, ou seja, direitos singulares ou direitos gerais de forma especial. Sendo assim, a vulnerabilidade seria identificada através dos “alvos” privilegiados dessa proteção em determinado país, estado ou região. Localizando-se o “direito especial” (por seu conteúdo), localiza-se o vulnerável (FIGUEIREDO; NORONHA, 2008, p. 134-135).

É certo que, em um processo histórico, que demanda lutas por direitos, o vulnerável pode ser erigido como alvo das atenções do legislativo. A título de ilustração das disposições brasileiras que abarcam a noção de vulnerabilidade, algumas podem ser ressaltadas, a fim de, reconhecendo o direito que protege os vulneráveis, entende-se quem são essas pessoas.

O primeiro exemplo trazido é o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, há trinta anos, desempenha a responsabilidade de proteção da minoridade, considerando-se a vulnerabilidade presumida dos sujeitos de direitos. A evolução que o ECA proporciona, se comparado com o Código de Menores, ressalta grandes avanços no tocante aos institutos da adoção e do procedimento de apuração de ato infracional, ademais de haver tipificação de vários crimes contra crianças e adolescentes (BRASIL, 1990a).

Outra legislação importante que localiza os grupos vulneráveis é o Estatuto do Idoso, que traz as disposições sobre direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando ao idoso a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, conforme o art. 2º do Estatuto. Veda-se a discriminação do idoso, bem como são concedidas prerrogativas em virtude de sua vulnerabilidade, como prioridade de recebimento da resituição do imposto de renda e atendimento domiciliar (BRASIL, 2003).

Ademais, o Estatuto da Igualdade Racial, em seu art. 7º, inciso III, traz expressa referência à vulnerabilidade da população negra. Esse dispositivo prevê que o conjunto de ações de saúde voltadas à população negra constitui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, "organizada de acordo com o desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra" (BRASIL, 2010).

Para finalizar os exemplos, tem-se o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu art. 4º, inciso I, fixa como princípio o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo", dando motivos importantes à doutrina consumerista para discutir sobre tradicionais classificações acerca da vulnerabilidade do consumidor (BRASIL, 1990b).

Para Leonor Suárez Llanos, a determinação do que é um grupo ou pessoa vulnerável depende de diferentes fatores e elementos de julgamento que se cruzam e falam de situações de desvantagem que podem ser variadas e contraditórias. Nessa senda, a vulnerabilidade seria responsável pela desvantagem que resulta da projeção da exposição ao risco, produzida pela posição ou localização de um sujeito sobre a capacidade do indivíduo (ou grupo de resistir) responder e se readaptar à ameaça (LLANOS, 2013, p. 39).

De acordo com esse raciocínio, a “fórmula” criada para compreender o conceito que aqui se apresenta seria “vulnerabilidade = exposição X suscetibilidade / resiliência”. A exposição, nesse caso, envolve o risco dos vulneráveis, medindo-se a intensidade e a frequência com que os vulneráveis são submetidos à desvantagem. O risco seria, portanto, igual à ameaça X vulnerabilidade (LLANOS, 2013, p. 39).

A autora emenda, em seu brilhante raciocínio que, embora seja verdade que não se trata de derivar uma estrutura matemática para calcular a vulnerabilidade, a abordagem trazida por ela é mais instrumental do que uma mera intuição sem correspondentes objetivos. Com isso, são identificadas as situações em que os sujeitos de direitos vivem sob ameaça ou sob risco de uma privação de expectativas ou possibilidades de igualdade. O risco se torna claramente maior quando a lei não atende à igualdade mínima, além de ser uma barreira à omissão do Direito (LLANOS, 2013, p. 39-40).

Em conclusão, podem ser considerados vulneráveis aqueles que enfrentam uma série de obstáculos que os impedem de competir em pé de igualdade no acesso à realização e à conquista de seus direitos e bens sociais e, quando há situações de vulnerabilidade relevantes, cabe ao Direito eliminar os entraves que impeçam, ou viabilizar os canais que viabilizam, o gozo dos direitos (LLANOS, 2013, p. 46).

Portanto, diante de tudo que foi exposto e considerando-se o papel preponderante do Direito para a amenização das exclusões, adota-se a concepção de que a vulnerabilidade deve, necessariamente, englobar a concepção de fator de risco que leva um sujeito ou grupo de sujeitos a serem expostos a ameaças, tendo em vista predisposição da pessoa/grupo a sofrer tais riscos.

### **3. CARACTERIZAÇÃO E PROTEÇÃO DOS GRUPOS E DAS PESSOAS VULNERÁVEIS**

Conforme anteriormente pontuado, a vulnerabilidade no quadro jurídico deve ser articulada em torno de um conceito teórico que permita reorganizar a realidade pragmática dos desfavorecidos. Nesse sentido, é importante entender algumas pontuações problemáticas acerca dos direitos destinados à proteção de vulneráveis, a partir do entendimento de Leonor Llanos.

Para tanto, é importante que se entenda que a identificação de uma condição de vulnerabilidade de grupo, raça, gênero, classe, etc., caracteriza a vulnerabilidade do grupo como dados recuperáveis. Todavia, ela não demonstra quase nada em relação às verdadeiras circunstâncias e necessidades do indivíduo em particular, o que dificulta a adoção de medidas que evitem a discriminação, em uma dimensão interna (LLANOS, 2013, p. 60-61).

Em uma dimensão externa, o problema de se contrapor pessoas vulneráveis entre as próprias pessoas vulneráveis se dá porque a identificação da vulnerabilidade a partir de um único fator geralmente não dá uma explicação verdadeira da carga discriminatória do grupo afetado. Assim, por exemplo, raça e cor são fatores de vulnerabilidade que são fortalecidos pela pobreza e o crime que frequentemente acarretam. E, em segundo lugar, porque os critérios de vulnerabilidade podem ser contrariados, dificultando a opção de valor pelo mérito da proteção especial (LLANOS, 2013, p. 60-61).

Por exemplo, a objeção à teoria de gênero devido à sua abordagem essencialista das mulheres totais e universais lhe rendeu a crítica de ser racista ou classista. Pretende-se, em realidade, renunciar ao essencialismo e a certas categorias “universais”, como gênero ou “mulher”, as quais negligenciam a realidade da perspectiva feminista e incentivam uma posição reacionária favorável às velhas estruturas de opressão (LLANOS, 2013, p. 61).

Tendo isso em vista, busca-se entender, a partir da problemática do universalismo dos grupos coletivos, que os caminhos para a redução das desigualdades injustas parte, justamente, de erigir o direito especial dos vulneráveis como direitos individuais.

Para Leonor Llanos, existe uma obscuridade essencial dos direitos coletivos. É possível - e até salutar ao vulnerável - que tratemos do direito coletivo como critério para focar as chaves de identificação e de proteção do grupo. O que não se pode, todavia, é pensar que são os coletivos - religiosos, culturais, de tradição ou de consanguinidade, etc - que são vulneráveis e têm direitos, até mesmo porque são os vulneráveis, individualmente falando, que são seus membros (LLANOS, 2013, p. 63).

Por conseguinte, o regulamento geral que introduz medidas igualitárias e de proteção à vulnerabilidade não consegue dar conta das condições particulares de justiça. Isto é, a lei, dentro do quadro normativo geral, não possui o condão de abarcar de forma ampla a compreensão mais adequada no caso concreto, que será decidida pelo Judiciário (LLANOS, 2013, p. 64).

Para Llanos (2013), a vulnerabilidade juridicamente relevante é gerada pela dificuldade ou impossibilidade que algumas pessoas ou grupos encontram de alcançar o desfrute de bens, direitos e liberdades em regime de igualdade com os demais indivíduos da sociedade.

Para se analisar as causas dessas vulnerabilidades, é necessário, antes, um estudo completo e dinâmico das situações de vulnerabilidade, devendo ser considerados os elementos psicológicos, sociológicos, econômicos, políticos, legais, etc.

Em razão disso, há algumas complicações próprias desse estudo, porquanto as causas da vulnerabilidade são flutuantes, por a mentalidade social, a economia, a política, estarem em constante transformação. Desse modo, podem mudar ou surgir novas formas e causas de vulnerabilidade diante dessas modificações. Outra dificuldade encontrada é o fato de a existência de uma vulnerabilidade genérica de um grupo não garante que há real vulnerabilidade do indivíduo.

Llanos classifica, então, as causas da vulnerabilidade em 4 categorias: vulnerabilidade por razões físicas, por razões ideológicas, tradicionais e socioculturais, por razões jurídicas, e por falta de recursos econômicos. Destaca-se que a autora partiu do contexto da Espanha para realizar suas classificações, mas que todas essas hipóteses são facilmente identificáveis e aplicáveis à realidade brasileira.

A primeira é a vulnerabilidade por razões físicas, que também se subdivide. Há a vulnerabilidade por causa da idade, nos casos de menores de idade e idosos, por exemplo. No caso dos menores, por conta dos riscos de maus-tratos, agressões sexuais, exploração sexual e laboral que podem sofrer, como consequência da própria natureza da criança, dependente e incapaz de se defender. Essas são circunstâncias universais do menor, mas que podem ser agravadas por diferentes fatores particulares, como a marginalidade social e econômica, problemas familiares, uso de substâncias tóxicas, absenteísmo escolar, etc., que justificam a ampliação da proteção conferida a esse grupo vulnerável.

Na outra extremidade estão os idosos, que também são expostos a situações de agressão, maus-tratos e abandono, além do não fornecimento dos instrumentos necessários para que possam usufruir efetivamente de seus direitos, de modo que é justificada a sua proteção especial como grupo vulnerável.

No Brasil, como já visto, em decorrência da vulnerabilidade desses grupos, estes são especialmente protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a) e pelo Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), respectivamente.

Há também a vulnerabilidade por questões físicas ou de enfermidade, como é o caso das pessoas com deficiência, com AIDS, com doenças psíquicas, e dos/das transexuais, por exemplo. Nesse caso, são fatores biológicos que levam à violação de seus direitos.

No caso dos indivíduos com deficiências físicas, verifica-se a dificuldade de usufruto dos seus direitos por existirem barreiras arquitetônicas, pela falta de instrumento para que elas possam efetivamente alcançar esses direitos, entre outros entraves injustificados. As pessoas com deficiência não possuem uma incapacidade de participar da sociedade e do mercado laboral, mas, sem razão, sofrem discriminação para tanto.

No Brasil, buscando minorar os efeitos dessa discriminação e integrar a PCD no mercado laboral, foi estabelecido o sistema de cotas pela Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991), regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999 (BRASIL, 1999), que impõe a contratação de pessoas com deficiência pelas empresas com 100 ou mais funcionários, em um percentual que varia entre 2% e 5%, a depender do número total de trabalhadores.

As pessoas com AIDS, com enfermidades psíquicas, e os/as transexuais, também são imotivadamente discriminados, e se encontram em desvantagem no contexto laboral e econômico.

A segunda causa da vulnerabilidade seria por razões ideológicas, tradicionais e socioculturais, que se fundamenta em questões de ordem ideológica e moral dos grupos tradicionais, não em circunstâncias materiais objetivas. E é exatamente por isso que são tão difíceis de combater, porque, por mais que a desigualdade seja formalmente proibida, a moralidade particular de cada um pode ser racista, machista, homofóbica, etc.

Nessa classificação se insere a vulnerabilidade pela confissão religiosa, em que são postos obstáculos para o exercício do direito de liberdade religiosa, com a discriminação social, laboral e econômica de quem professa certa fé.

Também há a vulnerabilidade pela cor ou etnia. Como é sabido, apesar da norma quase universal de proibição de discriminação em razão da raça, esta ainda é uma das formas mais fortes de discriminação e de injustificada limitação ao usufruto dos direitos em pé de igualdade com os demais cidadãos. Nesse contexto, destaca-se as recentes manifestações do *Black Lives Matter*, que repercutiram no Brasil, e que luta pelo fim da discriminação racial e da violência policial contra a população negra.

A vulnerabilidade por conta da tradição cultural indígena verifica-se na medida em que os povos indígenas são colocados à margem da sociedade, sem participar da dinâmica social e política do Estado. Além disso, suas tradições e cultura são colocadas de lado e discriminadas.

Nesse contexto, destaca-se que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007) estabelece que estes devem ser livres de qualquer discriminação no exercício de seus direitos, que devem ser respeitados e promovidos pelos Estados.

Verifica-se também a vulnerabilidade por razões ideológicas e de consciência, como quando alguns regimes perseguem indivíduos por motivos que para os países desenvolvidos seriam injustificados, como é o caso da raça, religião, nacionalidade, gênero, opinião política, orientação sexual.



E é por isso mesmo que a Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) estabelece, em seu art. XIV, o direito de asilo para o apátrida, pela vulnerabilidade de certas pessoas ou grupos diante de seus Estados. Nesse mesmo sentido estabelece a Constituição Federal (1988) em seu art. 4º, X, em que a concessão de asilo político é um dos princípios que rege as relações internacionais do Brasil.

Em razão do gênero, as mulheres são vulnerabilizadas social, econômica, laboral, intelectual, doméstica e politicamente, havendo uma real discriminação da mulher no usufruto de seus direitos.

Essa discriminação tem como base questões sociais, religiosas e tradicionais, não físicas. Decorre de ideias de como uma mulher deve ser e se portar, atribuindo a ela o âmbito privado, não público. Se relaciona também com a capacidade física de reprodução da mulher, de modo que a ela caberia cuidar dos filhos e manter a casa, enquanto que sua participação pública é residual e simbólica, e deve se adequar às suas obrigações domésticas.

Salienta-se que essa distinção privado/público permeia todas as formas de vulnerabilidade em razão do gênero, discriminando a mulher e a colocando injustificadamente em situação de desvantagem em comparação ao homem.

No âmbito econômico, verifica-se a desigualdade salarial e das condições de trabalho, mas também a vulnerabilidade decorrente da atribuição do papel familiar e doméstico à mulher. Do mesmo modo, no âmbito político, a mulher também é colocada à margem.

Mas uma das mais fortes consequências dessa distinção entre os âmbitos privado e público é a violência doméstica, configurando uma prática cultural e socialmente arraigada no contexto da maior parte dos países. No Brasil, busca-se, especialmente pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), proteger a mulher da violência física, psicológica, patrimonial, sexual e moral a que pode ser submetida.

Outra forma de vulnerabilidade é a pela orientação sexual. Há tratamento desigual implícito e explícito da comunidade LGBTQ+, que enfrenta dificuldades para usufruir de seus direitos e liberdades em pé de igualdade com o resto da sociedade.

Por fim, a última vulnerabilidade por questões ideológicas, tradicionais e socioculturais trazida por Llanos é a pelo exercício profissional da prostituição. Esses profissionais, maioria mulheres, encontram-se em situação de desamparo legal, social, econômico e laboral, o que favorece a violência contra eles, e limita seus direitos individuais. No Brasil, buscando trazer algum amparo legal e regulamentar a atividade dos

profissionais do sexo, foi proposto em 2012 o Projeto de Lei Gabriela Leite, atualmente parado na Câmara dos Deputados.

A terceira causa da vulnerabilidade é por razões jurídicas. Esta se verifica no caso de pessoas que são excluídas da dinâmica do aparato jurídico, que desconhecem o sistema jurídico e não possuem meios para atuar juridicamente.

A quarta e última causa é pela falta de recursos econômicos. Tal situação ocorre, por exemplo, pelo desemprego, subemprego e trabalho precário, que têm como consequência a dificuldade do indivíduo de desfrutar plenamente de seus direitos. Salienta-se que essa forma de vulnerabilidade, além de ser uma causa autônoma, também atua como agravante das demais vulnerabilidades.

Verificado, assim, que são diversas as causas das vulnerabilidades, em razão de muitos fatores, é necessário o estabelecimento de medidas efetivas e particulares pelo Estado de modo a atender às necessidades desses indivíduos. Devem ser disponibilizados os instrumentos necessários para que todos, sem exceção, possam usufruir plenamente de seus direitos e liberdades. E, como já mencionado, cabe à lei prover regulamentações nesse sentido, mas, principalmente, ao Direito, a quem cabe atuar caso a caso, em atenção às demandas particulares dos indivíduos.

## **CONCLUSÃO**

Ao longo do presente artigo, foram realizadas análises legislativas e doutrinárias sobre o direito que serve à tutela dos vulneráveis, que é essencial para situá-los dentro do ordenamento jurídico brasileiro como pessoas, individualmente consideradas, cuja proteção se materializa por meio de normativas jurídicas especiais.

Logo de início, restou assente que o conceito de vulnerabilidade, conforme apresentado por Llanos (2013), deve abarcar as noções de predisposição de certos grupos/pessoas a serem expostos a ameaças de direitos, e a capacidade de resiliência delas em meio a esse risco.

Inserido no Estado Social, o conceito trazido por Llanos também serve para fomentar a igualdade material constitucionalmente assegurada daqueles que estão agrupados em uma “zona de vulnerabilidade”, situada entre a zona de integração e a zona de desfiliação (CASTEL, 1998). Isto é, como ponto de partida para a proteção do vulnerável, baseou-se na visão pautada na dignidade da pessoa humana, de que os indivíduos, na medida de sua desigualdade, devem ser tratados, por conseguinte, de forma desigual. Essa concepção vai além da mera igualdade formal, conceito restrito à letra fria da lei, como era defendido pelo Estado Liberal.

Nesses moldes, foi apresentado que a ação estatal deve ser imprescindível ao reconhecimento das pessoas vulneráveis, tendo como um de seus principais instrumentos o Direito. No que concerne ao Poder Legislativo, nota-se a hodierna tentativa de proteção sobre os vulneráveis.

Todavia, não é a lei, pura e simplesmente, que pode resumir a tutela dos vulneráveis ao universalismo das demandas. Arelado ao Judiciário, no caso concreto, é fácil de se concluir que cada situação específica deve ser julgada nos termos do que torna aquela pessoa vulnerável. Demonstrou-se, assim, que existe um obscurantismo dos direitos coletivos, devendo-se entender que a proteção deve ser individualizada, sem pretensas categorias universais.

Verifica-se que o principal argumento desses movimentos é que a igualdade formal não consubstancia uma igualdade material, sendo as medidas igualitárias falhas e ineficazes. Assim, como modo de garantir o usufruto dos direitos individuais em pé de igualdade por todos, é necessária uma modificação da atuação estatal, para que passe a dar espaço para discursos que são historicamente marginalizados e a atender às necessidades particulares desses indivíduos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 9 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 12 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, [1990a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 9 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 9 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991].

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 12 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 9 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm). Acesso em: 9 nov. 2020.

CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cadernos de saúde pública**, 34(3), 2018.

FIGUEIREDO, Ivanilda; NORONHA, Rodolfo Liberato de. A vulnerabilidade como impeditiva/restritiva de direitos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 129-146, jul./dez. 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/297597887\\_A\\_vulnerabilidade\\_como\\_impeditiva\\_restritiva\\_do\\_desfrute\\_de\\_direitos](https://www.researchgate.net/publication/297597887_A_vulnerabilidade_como_impeditiva_restritiva_do_desfrute_de_direitos). Acesso em: 9 nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Vulnerabilidade social no Brasil**: conceitos, métodos e primeiros resultados para Municípios e regiões metropolitanas brasileiras. Rio de Janeiro: Ipea, 2018.

LLANOS, Leonor Suárez. Caracterización de las personas y grupos vulnerables. *In*: LINERA, Miguel Angel Preslo (Coord). **Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables**, 2013, p. 37-92. Disponível em: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/09/proteccion3b3n-jurc3addica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Estado Social e tributação**: uma nova abordagem sobre o dever de informar e a responsabilidade por infração. Tese (Doutorado): Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4015/1/arquivo5909\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4015/1/arquivo5909_1.pdf). Acesso em: 08 set. 2020.

## **EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA DA EXPRESSÃO “PREFERENCIALMENTE NA REDE REGULAR” CONTIDA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

**MARIA LUIZA LOPEZ VALVERDE:**

Pós-graduada em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogada.

**Resumo:** o presente artigo busca analisar como a ratificação pelo Estado Brasileiro, com *status* de emenda constitucional, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência significa o reconhecimento da inconstitucionalidade progressiva de normas infraconstitucionais do ordenamento interno que preveem que o atendimento educacional a esse grupo de pessoas se dê apenas preferencialmente na rede regular de ensino, facultando ao Poder Público a adoção ou não da educação inclusiva, quando, na realidade, esse modelo educacional é estabelecido como verdadeira obrigação dos Estados-membros da referida Convenção.

**Palavras-chaves:** Direitos humanos. Pessoas com deficiência. Educação inclusiva. Inconstitucionalidade progressiva.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O conceito de pessoa com deficiência adotado pela ONU e o modelo social vigente. 3. O sistema educacional inclusivo como o único compatível com o modelo social de deficiência. 4. A interpretação conforme os direitos humanos e a inconstitucionalidade progressiva da expressão “preferencialmente na rede regular”. 5. Considerações finais. 6. Referências.

### **1. Introdução**

O primeiro tratado internacional de direitos humanos a ser ratificado pelo Brasil na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal e, portanto, o primeiro a ter equivalência formal e material à norma constitucional foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também conhecida como Convenção de Nova Iorque, tratado internacional de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

A ratificação desse tratado de direitos humanos significa a obrigação do Estado brasileiro em observar e cumprir os seus preceitos, adotando todas as medidas necessárias para isso, sejam elas legislativas, administrativas ou judiciais, sob pena de ser

responsabilizado pelos órgãos de monitoramento de proteção dos direitos humanos, em especial o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ainda, a internalização do mencionado tratado conforme o rito disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal o insere no chamado “bloco de constitucionalidade”, podendo servir de parâmetro na análise de compatibilidade das leis internas com a Constituição Federal.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar como a evolução do conceito de pessoa com deficiência, relacionado ao modelo social de deficiência, traz como obrigação ao Estado brasileiro a adoção da educação inclusiva como única forma de modelo educacional, razão pela qual a expressão “preferencialmente na rede regular”, contida na legislação interna deve ser considerada (progressivamente) inconstitucional.

## **2. O conceito de pessoa com deficiência adotado pela ONU e o modelo social vigente**

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto Presidencial n. 6.949/2009, com natureza jurídica de emenda constitucional, prevê logo em seu artigo 1 o conceito de pessoa com deficiência, nos seguintes termos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas<sup>412</sup>.

A definição trazida pelo referido tratado demonstra a adoção do modelo social de deficiência, já que considera a deficiência a partir da interação da pessoa com o ambiente em que ela está inserida, o qual, em razão das diferentes espécies de barreiras existentes, impede o exercício de direitos de modo pleno e efetivo, em igualdade com os demais.

O modelo social de deficiência é uma reação ao modelo médico. Este, adotado com o fim da 1ª Guerra Mundial, diante do aumento considerável de pessoas com deficiência como consequência da guerra (os chamados “feridos de guerra”) considera a deficiência como um problema individual da pessoa, originada a partir de causas científicas. Para o modelo médico, a pessoa com deficiência tem um papel passivo, de mero paciente,

---

412 BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 05/07/2022.

e somente com a sua eventual reabilitação ela não é mais considerada inútil ou desnecessária pelas outras pessoas e, conseqüentemente, pela sociedade.

O modelo médico trouxe alguns avanços ao reconhecer garantias às pessoas com deficiência, ainda que por meio de políticas assistencialistas. Não obstante, também trouxe a ideia de caridade e vitimização, colocando essas pessoas numa posição de meros espectadores na efetivação de seus direitos.

Por outro lado, o modelo social parte da ideia de que a deficiência não está propriamente na pessoa em si, isto é, a pessoa não é considerada um problema a ser tratado. É a existência de barreiras na sociedade que a impede de exercer plenamente e de modo igualitário os seus direitos. Conseqüentemente, devem ser realizadas adaptações necessárias na vida em sociedade como forma de garantir a efetivação e o exercício desses direitos.

É importante observar que a adoção do modelo social pela Convenção da ONU foi uma reivindicação feita pelas próprias pessoas com deficiência. Além disso, a carga normativa e, portanto, obrigacional, desse tratado impõe que os países que o ratificaram adotem o modelo social como parâmetro em suas ações governamentais e políticas públicas.

As limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais que as pessoas com deficiência apresentam passam a ser equiparadas a quaisquer outros atributos inerentes à diversidade humana, como a etnia, o gênero, a idade e a orientação sexual, por exemplo. Em outras palavras, a deficiência é uma condição existencial de dignidade. Percebe-se que esse conceito transcende o aspecto meramente clínico e assistencialista que vigia com a utilização do modelo médico<sup>413</sup>, colocando na sociedade, e, conseqüentemente, no Estado, o importantíssimo papel de assegurar a plena inclusão das pessoas com deficiência, para, assim, cumprir verdadeiramente o objetivo constitucional de construir uma sociedade justa, livre e igualitária.

### **3. O sistema educacional inclusivo como o único compatível com o modelo social de deficiência**

O modelo social de deficiência, ao considerar que as barreiras existentes no ambiente em que a pessoa está inserida impedem o pleno exercício de seus direitos em igualdade com os demais, traz para o Estado e para a coletividade a responsabilidade de

---

<sup>413</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

inclusão da pessoa com deficiência em todos os âmbitos da vida em sociedade, o que compreende a efetivação do direito à educação, direito humano e fundamental integrante do mínimo existencial.

Nesse sentido, a Convenção de Nova Iorque faz referência expressa ao sistema educacional inclusivo, o que torna a sua implementação verdadeira obrigação aos Estados-membros:

#### Artigo 24

##### Educação

1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:<sup>414</sup>

A respeito da educação voltada às pessoas com deficiência, em um primeiro momento, baseando-se ainda no modelo médico de deficiência, a principal preocupação foi proporcionar o maior grau de autonomia possível às pessoas com deficiência nas atividades diárias, e não a educação formal propriamente dita. As instituições especializadas, na maioria das vezes, contavam com um conjunto de terapias coordenadas pela medicina, como a psicopedagogia, a fisioterapia, a fonoaudiologia e a terapia educacional, por exemplo. No entanto, a atividade acadêmica era deixada de lado ou ocupava apenas uma pequena parte das atividades dos alunos, sem qualquer expectativa de ingresso na educação formal.

Nas décadas de 1960 e 1970 surge a educação especial, baseada na integração. O lema era: "O deficiente pode aprender", com novas metodologias e técnicas de aprendizagem e adaptação escolar dos alunos com deficiência. Não obstante, o método por meio do qual foi implementada ainda significou segregação, mantendo-se, a educação especial, como um serviço especializado paralelo. As classes especiais, com currículos, pessoal, organização e metodologias próprias não possibilitavam o ingresso dos alunos nas salas regulares.

---

414 BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 05/07/2022.



Finalmente, quando a preocupação se voltou a possibilitar às pessoas com deficiência a, verdadeiramente, frequentarem o ambiente regular de ensino, elas que deveriam se preparar, previamente, para ingressar nas salas de aula regulares. O problema ainda era centrado no aluno e as escolas não tinham a obrigação de se adequarem às diferentes necessidades dos estudantes que atendiam. Como consequência, a grande maioria desses alunos manteve-se nas escolas ou classes especiais, pois se via sem condições de ingressar nas salas de aula regulares.

O modelo social demonstrou que a maior parte das dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência advém da forma como a sociedade lida com as limitações de cada um e, assim, não fazia mais sentido centralizar a responsabilidade de ingresso nas turmas regulares aos alunos com deficiência, desresponsabilizando-se as escolas (e o Estado) de quaisquer obrigações quanto a isso.

A base da educação deve ser a diversidade. As pessoas não são iguais e para uma sociedade que tem como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem discriminação<sup>415</sup>, é preciso respeitar essa diversidade. Para isso, é necessário conhecer e conviver com essa diversidade. Surge, assim, a educação inclusiva, e a obrigação de os Estados-partes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assegurarem um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de ensino, sem discriminação.

O Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência já emitiu Comentário Geral a respeito do direito humano à educação inclusiva. De acordo com o Comentário Geral nº 4, a educação inclusiva é um princípio que respeita a dignidade e autonomia dos alunos, sendo um meio para tornar efetivos os demais direitos humanos e a principal forma de combate à pobreza das pessoas em com deficiência<sup>416</sup>. Ainda que exista divergência acerca da vinculação e obrigatoriedade aos Estados-membros em relação aos Comentários Gerais emitidos pelos Comitês de tratados internacionais de direitos humanos, eles sempre são instrumentos essenciais da interpretação a ser conferida a esses importantes instrumentos jurídicos.

---

<sup>415</sup> É esse um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme disposto na Constituição Federal: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 06/07/2022.

<sup>416</sup> PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 629.

#### 4. A interpretação conforme os direitos humanos e a inconstitucionalidade progressiva da expressão “preferencialmente na rede regular”

Assim como a hermenêutica constitucional traz princípios e métodos interpretativos específicos para a interpretação das normas constitucionais, em razão da posição de superioridade que ocupam no ordenamento jurídico e de sua alta carga axiológica, os tratados internacionais de direitos humanos também devem ser interpretados por princípios próprios, já que são instrumentos jurídicos que trazem em seu bojo os direitos mais essenciais a todo ser humano, visando a uma existência digna.

Dentre os princípios utilizados para interpretar os direitos humanos pode-se citar o da interpretação conforme os direitos humanos, no mesmo sentido do princípio da interpretação conforme a Constituição. Por meio desse princípio, os atos normativos internos devem ser interpretados em consonância com os tratados, os costumes, as resoluções, as declarações, os princípios gerais do direito e a jurisprudência internacional de direitos humanos.

Ressalte-se que a observância de princípios interpretativos próprios, bem como da interpretação dos direitos humanos conferida pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos e pelos órgãos de monitoramento é extremamente importante para se evitar o que a doutrina denomina de interpretação “nacionalista” das normas de direitos humanos, criando-se um verdadeiro “tratado internacional nacional” e violando-se direitos por meio da interpretação.

No tocante aos direitos das pessoas com deficiência e, em específico, ao direito à educação, a Convenção da ONU trouxe como único sistema educacional possível o da educação inclusiva, conforme previsão em seu artigo 24.1:

##### Artigo 24

##### Educação

1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, **os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis,**

bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos: (grifo nosso)<sup>417</sup>

A educação inclusiva é a única forma que se coaduna com o modelo social de deficiência e, portanto, ainda que soe redundante, com a ideia de inclusão, e não meramente integração, das pessoas com deficiência. A obrigação do Estado é a de conferir todos os meios necessários para que seja possível a implementação da educação inclusiva em todo o sistema de ensino, de todo o país. A própria disposição do texto não deixa margem alguma para outro tipo de interpretação que não o da obrigatoriedade e exclusividade da educação inclusiva.

Por outro lado, a vida em sociedade é cada vez mais dinâmica e as mudanças sociais, fáticas, políticas e econômicas nem sempre são acompanhadas no mesmo ritmo pelo Direito. O modelo social de deficiência foi uma evolução ocorrida ao longo dos anos e com a ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção Internacional da ONU, ele se internalizou no ordenamento interno, com todas os parâmetros que lhe são próprios. Contudo, as normas anteriores ao tratado tratam o tema sob a ótica da integração, não impondo a obrigatoriedade da adoção da educação inclusiva, deixando a opção a cargo do administrador. A Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a seguinte previsão:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;<sup>418</sup>

No mesmo sentido, a Lei nº 9.394/1996 em seu artigo 4º:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

---

417 BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 05/07/2022.

418 BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em 05 de julho de 2022.

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)<sup>419</sup>

É certo que as referidas previsões legislativas estão de acordo com o modelo médico, então vigente quando de sua edição. É no mesmo sentido o artigo 208, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que também teve como paradigma o modelo médico. Foi a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o modelo social e, com ele, a educação inclusiva. E como esse tratado foi internalizado pelo Estado brasileiro com *status* de emenda constitucional, ele integra o chamado “bloco de constitucionalidade”, isto é, serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade difuso ou concentrado da legislação infraconstitucional, pois faz parte da Constituição “formal”.

Sendo assim, a legislação infraconstitucional e a própria norma constitucional prevista no artigo 208, inciso III<sup>420</sup>, devem ser lidas e interpretadas à luz do referido tratado internacional de direitos humanos, que não deixa dúvidas acerca da obrigatoriedade da educação inclusiva, não abrindo espaço para eventual opção do Estado sobre qual sistema educacional adotar.

É possível, portanto, falarmos em uma inconstitucionalidade progressiva das referidas normas quando preveem que o atendimento educacional às pessoas com deficiência se dê “preferencialmente” na rede regular de ensino. Nas palavras de Marcelo Novelino, a inconstitucionalidade progressiva ocorre quando:

(...) a norma se situa entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, sendo considerada momentaneamente válida (*norma ainda constitucional*), enquanto perdurar a situação constitucional imperfeita. Tal hipótese pode

---

419 BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em 05 de julho de 2022.

420 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Aceso em 06/07/2022.

ocorrer com dispositivos legais editados antes ou depois do surgimento da norma-parâmetro.

Trata-se de um mecanismo utilizado para a manutenção de normas de constitucionalidade duvidosa quando a invalidação tende a ser mais prejudicial que a manutenção temporária, seja pelos efeitos deletérios dela advindos, seja por razões de segurança jurídica.<sup>421</sup>

Ora, o atendimento educacional não deve se dar “preferencialmente” na rede regular de ensino, mas apenas nessa rede. Não há a opção de se utilizar a rede regular apenas quando seja mais conveniente ao administrador/sociedade. A Convenção de Nova Iorque, como mencionado, não deixa espaço para interpretações nem para a apreciação da conveniência ou oportunidade de se utilizar um ou outro sistema educacional, não se tratando de competência discricionária. As escolas, tanto públicas quanto privadas, têm o dever de fazer as adaptações necessárias para receber, de forma inclusiva, os alunos com deficiência, para que estes possam participar efetivamente de todas as atividades que estão previstas nos currículos escolares.

Não se trata de mudanças fáceis e elas podem significar verdadeiras reformas estruturais em muitas escolas do nosso país. Isso demonstra que a simples positivação de um direito humano no plano interno, ainda que com *status* de norma constitucional, não significa, necessariamente, a sua efetivação, principalmente quando esta depende de um esforço conjunto do Estado e da sociedade, com a adoção de políticas públicas e o abandono de preconceitos e estigmas. É por isso que falamos em uma inconstitucionalidade progressiva das previsões normativas acima mencionadas. É preciso um atuar estratégico, que dialogue com as necessidades dos grupos minoritários.

## 5. Considerações finais

Ao dispor sobre a educação voltada às pessoas com deficiência, a legislação infraconstitucional foi editada tendo como paradigma o modelo médico de deficiência. É por essa razão que se faz referência a um atendimento educacional a esse grupo de pessoas “preferencialmente” na rede regular, dando-se a entender que é uma opção o fornecimento de tal direito junto às escolas regulares.

Ocorre que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo ratificado esse tratado internacional na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, isto é, incorporando-o ao ordenamento jurídico com natureza

---

<sup>421</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 198

de emenda constitucional. Assim, a Convenção de Nova Iorque integra o chamado bloco de constitucionalidade e serve como parâmetro para a análise da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal.

O referido tratado de direitos humanos, ao adotar o modelo social de pessoa com deficiência, prevê como obrigação dos Estados-membros o fornecimento de uma educação inclusiva às pessoas com deficiência, não deixando margem para qualquer interpretação que não a obrigatoriedade de tal sistema. E é por isso que tratamos da inconstitucionalidade progressiva das disposições normativas que trazem a educação inclusiva como algo apenas preferencial. A necessidade de reformas estruturais nas escolas Brasil a fora é a razão para que consideremos que se trata de uma inconstitucionalidade progressiva das disposições normativas.

Percebe-se, assim, que a positivação de um direito humano no plano interno, ainda que com natureza jurídica de emenda constitucional, pode não ser suficiente para se garantir uma existência digna às pessoas, em especial àquelas que por alguma razão encontram-se em situação de vulnerabilidade e merecem maior proteção do Estado. A positivação, muitas vezes, é apenas a primeira etapa para a garantia de direitos, devendo ser seguida por todas as medidas e ações políticas e sociais que se mostrem necessárias à sua plena efetivação. Só assim as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro quanto à proteção dos direitos humanos surtirão verdadeiros impactos na vida e no cotidiano das pessoas.

## 6. Referências

ARAUJO, Josemar Figueiredo; MENDES, Raquel De Lima. *A forma e o conteúdo da inclusão das pessoas com deficiência no Brasil*. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/yj48z8w0/9UxXyDq895r5hP0z.pdf>. Acesso em 05/07/2022.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007*. Brasília, DF, 25 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, DF, 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Brasília, DF, 20 de dezembro de 1996.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GLAT, Rosana; PLETSCHE, Márcia Denise; FONTES, Rejane de Souza. *Educação inclusiva & educação especial: propostas que se complementam no contexto da escola aberta à diversidade*. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1171/117117241006>. Acesso em 05/07/2022.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos – ótica da diferença e ações afirmativas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. *Envelhecimento e deficiência*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Arq\\_09\\_Cap\\_03.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Arq_09_Cap_03.pdf). Acesso em: 05/07/2022.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PEIXINHO, Manoel Messias; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. *O direito fundamental à educação inclusiva nas escolas regulares privadas e a LBI*. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/302>. Acesso em 05/07/2022.

PIETRO, Rosângela Gavioli; MANTOAN, Maria Teresa Eglér. *Inclusão escolar: Pontos e Contrapontos*. 7ª ed. São Paulo: Summus, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. *Direito à educação, participação familiar e informação: o ciclo virtuoso da inclusão*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2015.

WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. 3ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2009.

## **A GUARDA COMPARTILHADA: OS BENEFÍCIOS E PREJUÍZOS TRAZIDOS PELA LEI 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014**

**MARTA SCHWANCK FERNANDES:** Pós graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada.

**Resumo:** Este trabalho visa analisar os aspectos positivos e negativos trazidos pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Primeiramente, é necessário haver uma abordagem aprofundada sobre o instituto da família, sua evolução histórica até os dias atuais; quais foram as alterações sofridas na legislação brasileira; bem como seu conceito e modalidades. No segundo momento, analisa-se o poder familiar, sua evolução histórica; seu conceito; seu exercício, assim como a suspensão, extinção e perda desse instituto. Esse assunto é de extrema importância para a compreensão sobre as alterações trazidas pela nova Lei. Na terceira parte há um enfoque ao instituto da guarda, seu histórico, seu conceito e suas modalidades. Por fim explora-se as disposições trazidas pela Lei 13.058/2014, fazendo análises e indagações sobre os seus benefícios e prejuízos. Para o desenvolvimento do trabalho será utilizado o método dedutivo, partindo-se de uma premissa maior, para se chegar a uma conclusão; o método histórico, para a análise da evolução dos assuntos abordados e o método analítico, pela análise feita da Lei, interpretando-a no todo e decompondo-a em partes para que seja melhor compreendida. Dessa maneira, o estudo basear-se-á em estudo bibliográfico dos assuntos, analisando-se a doutrina, legislação e jurisprudência existentes sobre o tema.

**Palavras-chave:** Família. Autoridade Parental. Guarda. Guarda Compartilhada. Vantagens e Desvantagens. Interesse do filho.

### **INTRODUÇÃO**

A guarda compartilhada surgiu com o intuito de equilibrar os poderes parentais, também como uma forma de não dar preferência a um genitor em detrimento do outro quando da concessão da guarda. Anteriormente a nova Lei vigente desde dezembro do ano passado, a guarda unilateral era vista como a mais justa e aceita preferencialmente tanto pela legislação, como pela doutrina e jurisprudência. Porém, com diversos estudos realizados, verificou-se que a guarda compartilhada seria mais benéfica às partes quando houvesse o rompimento de uma relação.

Assim, a guarda compartilhada foi criada para beneficiar os filhos, os quais são vítimas dos rompimentos das relações de seus pais. Os pais também se beneficiam, pois



além de manter um relacionamento amigável e não perder sua autoridade parental, também podem manter a convivência com os filhos, acompanhando de perto o desenvolvimento físico e moral deles.

Esse modelo teve origem na Inglaterra, devido às decisões dos Parlamntos Ingleses que retiraram a ideia de propriedade do pai sobre seus filhos, a qual era muito disseminada naquela época. Com o passar do tempo esse instituto espalhou-se por diversos países, como por exemplo França, Estados Unidos, Canadá, sendo aplicado de maneira prevalecente sobre os outros modelos de guarda.

No Brasil, com a vigência da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que alterou alguns artigos do Código Civil de 2002, estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispôs sobre sua aplicação, as decisões judiciais passaram a ser obrigadas a adotar esse modelo sempre que não houver acordo entre os genitores sobre a guarda do filho. Portanto, a partir da vigência dessa Lei, houve uma imposição desse modelo, não ficando mais a cargo dos pais decidirem sobre a melhor medida a ser aplicada. Antes, o juiz apenas possuía a obrigação de explanar sobre os benefícios trazidos pela guarda compartilhada, sendo opção dos genitores em aplicá-la ou não.

Existem famílias que não têm condições financeiras de arcar com esse modelo; em que os pais não estão preparados para ter uma convivência harmônica; que as decisões tomadas em conjunto gerariam mais conflito do que paz; em que o filho sairia prejudicado dessa decisão, pois veria seus pais discutindo cada vez mais, não tendo uma convivência sadia.

Portanto, cada caso deve ser analisado em concreto e separadamente. É dever do magistrado ater-se a cada caso, analisando-o e estudando-o para saber qual é a decisão mais correta a ser tomada. Não deve decidir de forma automática ou baseados em decisões anteriores.

Portanto essa nova Lei vem sendo muito criticada, pois alguns doutrinadores dizem ser inviável a sua aplicação a todas as famílias desmembradas. Ela é quase perfeita na teoria, porém pô-la em prática, em algumas famílias, é algo muito complicado.

Assim, a guarda compartilhada mostra-se dual, ou seja, possui tanto vantagens como desvantagens. Então, essa pesquisa foi realizada com o intuito de tentar responder às indagações propostas, como quais seriam os benefícios e prejuízos que essa nova Lei trouxe para as famílias.

Não há a pretensão de se esgotar o tema com o presente estudo, somente aprimorar o conhecimento de um tema que mostra-se tão importante e merecedor de

especial proteção, contudo não é objeto de muitas obras doutrinárias ou decisões jurisprudenciais e para muitos ainda é desconhecido. O objetivo é somente tentar responder de maneira clara e eficaz quais os benefícios e prejuízos que essa Lei traz para nosso ordenamento jurídico e também para a sociedade.

Para que isso pudesse ser possível, a pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro deles falará sobre a família, seu conceito; a sua evolução ao longo da história tanto global como no Brasil; o surgimento do direito de família; sua importância; como foi sua evolução histórica no Brasil, abordando desde as primeiras legislações criadas para sua proteção até as que existem atualmente; e também uma abordagem complexa sobre as diversas formas de constituição de família.

O segundo capítulo abordará o poder familiar, sua definição, evolução histórica, suas características, bem como o exercício desse poder. Nesse capítulo também falar-se-á dos modos de extinção, suspensão e perda do poder familiar. Esse assunto é extremamente importante para o desenvolvimento da pesquisa, pois mostra quais os direitos e deveres que os pais possuem em relação aos seus filhos, estando os genitores num relacionamento ou separados, isso não interfere no poder familiar que é exercido até que as crianças ou adolescentes atinjam a maioridade civil, ou seja, até que atinjam os 18 (dezoito) anos de idade.

O último capítulo falará sobre a guarda de filhos, com enfoque no modelo de guarda compartilhada. Em relação a guarda, será abordado seu conceito; sua evolução tanto na história como no ordenamento jurídico; a importância da proteção dos filhos; os modelos de guarda existentes. Em seguida entrar-se-á no assunto da guarda compartilhada, fornecendo uma prévia noção; abordando quais as consequências vantajosas e desvantajosas desse modelo e por fim fazendo uma abordagem interpretativa dos dispositivos da nova Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, mostrando quais são os benefícios e prejuízos dessa Lei.

Vale ressaltar que o presente estudo não busca sanar os dispositivos incongruentes trazidos pela nova Lei e nem obter respostas absolutas. O objetivo é apenas fornecer dados para que seja feita uma comparação entre os benefícios e os prejuízos trazidos por essa Lei.

Os métodos utilizados foram o histórico, pois todos os assuntos abordados vieram acompanhados de sua evolução histórica, principalmente a evolução da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, que priorizava a guarda unilateral, ficando o filho com apenas um de seus genitores e tendo o outro apenas o direito de visitas e fiscalização, passando atualmente a priorizar a guarda compartilhada, que atende os interesses dos pais, pois podem ambos criar e educar seus filhos, e também os interesses dos filhos, que

por sua vez não saem prejudicados das separações. Também utilizou-se do método dedutivo, pois a guarda foi estudada partindo-se de premissas menores, como a família e o poder familiar, explicadas no decorrer do trabalho, até a obtenção de um raciocínio lógico, capaz de embasar a conclusão. Outro método utilizado foi o analítico, pois antes de analisarmos propriamente a Lei, analisamos a decomposição da guarda compartilhada, que engloba a família, que por sua vez engloba o poder familiar, que também engloba a guarda, e que por sua vez engloba o tema do trabalho.

Para tanto, serviu-se de um estudo bibliográfico e documental, utilizando-se das legislações que tratam do assunto, como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal, bem como outras leis, também apoiou-se na jurisprudência e na doutrina existentes acerca do tema.

Além disso, foram utilizados diversos autores renomados do ramo do Direito Civil do Brasil, bem como obras, artigos e outros documentos específicos que abordam o tema. Buscou-se portanto, uma vasta gama de opiniões sobre o tema, para que a opinião formada após a leitura seja corretamente embasada.

## 1.A FAMÍLIA

Para entender sobre o assunto que será abordado nesse trabalho, é, de suma importância, que se tenha um conhecimento prévio acerca da família e do direito de família. Portanto, nesse capítulo será tratado da família, seu conceito, sua origem, suas novas formas de constituição e, também sua evolução na sociedade.

### 1.1 CONCEITO

Para começar a conceituar a palavra família deve-se ter em mente que, com o passar do tempo, a população altera seus hábitos e os velhos conceitos e princípios que eram utilizados anteriormente, são deixados para trás. E isso ocorre também com a família, pois com a evolução do ser humano, conseguimos identificar uma mudança significativa do seu entendimento em cada época da humanidade.<sup>422</sup>

Segundo a autora Àurea Pimentel Pereira, a etimologia da palavra família é encontrada no sânscrito, que a converteu para a língua latina:

O radical *fam* corresponde àquele outro *dhã*, da língua ariana, que dá ideia de fixação, ou de coisa estável, tendo da mudança do 'dh'

---

<sup>422</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1

em 'f' surgido, no dialeto do Lácio, a palavra *faama*, depois *famulus* (servo) e finalmente *família*, esta última a definir, inicialmente, o conjunto formado pelo *pater familias*, esposa, filhos, e servos, todos considerados, primitivamente, como integrantes do grupo familiar, daí Ulpiano, no 'Digesto', já advertir que a palavra 'família' tinha inicialmente acepção ampla, abrangendo pessoas, bens e até escravos.<sup>423</sup>

Atualmente, a palavra família possui um significado estrito e pode também possuir significados amplos. Pode ser estrito, por constituir-se somente pelos pais e filhos biológicos, com os mesmos interesses materiais e morais. Em um sentido amplo, a família não está vinculada somente aos laços sanguíneos, e pode ser constituída pelos pais e filhos, sejam esses naturais ou adotados. E também pode ter significado amplo quando engloba além dos pais e filhos, os parentes colaterais até determinado grau.<sup>424</sup>

Em relação ao que foi dito anteriormente, Washington de Barros Monteiro ainda diz que, enquanto a família num sentido restrito, engloba tão somente o casal e a sua prole, num sentido mais amplo, abrange a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance é mais dilatado, ou mais circunscrito.<sup>425</sup>

Identificamos, geralmente, a família com a noção de casamento, porém devemos ultrapassar essa ligação e perceber que, atualmente, as famílias já não são só aquelas que conseguimos identificar com o casamento. A nossa legislação sempre foi omissa em relação ao conceito de família, apenas identificava com o casamento. Segundo Maria Berenice Dias:

Essa omissão excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva que leva à comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônios. O resultado sempre foi desastroso, pois levou a justiça a condenar à invisibilidade e a negar direitos a quem vivia aos pares, mas sem a chancela estatal. Agora – e pela primeira vez – a lei define a família atendendo a seu perfil contemporâneo. A Lei Maria da Penha (L 11.340/06), que busca coibir a violência doméstica e familiar

---

423 PEREIRA PIMENTEL, Áurea. **A Nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1990. p. 22.

424 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 11.

425 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 02. 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 3.

contra a mulher, identifica como família qualquer relação de afeto (LMP 5º III). Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito. E não se diga que este conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência.<sup>426</sup>

Então, por essa análise anterior, vê-se que é muito importante considerar as relações familiares mesmo sem o selo do casamento. Assim, fica cada vez mais forte na sociedade a ideia de famílias pluralistas, que dão espaço aos mais diversos tipos familiares, os quais possuem origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.<sup>427</sup>

A autora Maria Berenice Dias, quando cita o autor Paulo Lôbo, diz que:

A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.<sup>428</sup>

A nossa Constituição Federal de 1988, traz um novo conceito de família para a nossa sociedade, em seu artigo 226, §3º<sup>429</sup>, incluindo a união estável entre o homem e a mulher, com descendentes ou não, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Portanto, entende-se que a família é a unidade básica da sociedade, podendo ser formada por pessoas com os mesmos ancestrais ou apenas ligadas por laços afetivos. Pode também ser considerada como um conjunto invisível de exigências funcionais que organiza

---

426 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 41/42.

427 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 38

428 DIAS, Maria Berenice. loc. cit.

429 **Art. 226, da Constituição Federal.** 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.

a interação dos membros da mesma, considerando-a, igualmente, como um sistema, que opera através de padrões transacionais.<sup>430</sup>

Para a autora Maria Berenice Dias a família é uma construção cultural:

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.<sup>431</sup>

Então, baseando-se no entendimento da autora supracitada, a família é um instituto estruturado, onde cada membro possui uma função, mesmo não sendo ligados biologicamente, mas sempre tendo um laço de afeto e respeito.

## 1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não há como se ter uma certeza absoluta de como foi que a família surgiu, esse surgimento está rodeado de incertezas, uma delas é em relação a proibição do incesto, regulando, dessa forma, as relações sexuais, ou seja, quais eram permitidas e quais proibidas. Se essa incerteza for confirmada por estudos científicos, poderemos dizer que a proibição do incesto fora nossa primeira lei. É importante também que não nos deixemos guiar por uma única forma evolutiva de como se estruturaram e quais são as funções de todas as famílias.<sup>432</sup>

Em relação ao incesto, acredita-se que nas civilizações primitivas as relações sexuais aconteciam entre todos os membros da mesma tribo (endogamia). Por esse motivo, era difícil saber quem eram os pais das crianças que nasciam, mas, por outro lado, a mãe sempre era conhecida e era quem educava e alimentava o seu filho. Disso decorrem as teorias de que a família inicialmente tinha um caráter matriarcal. Porém, como dito no

---

430 MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafaele Ferreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. **Família** – Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8845](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8845)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

431 DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 27.

432 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15/16.

parágrafo anterior, não há como se ter uma certeza absoluta sobre as teorias que falam sobre a origem da família, e é pouco provável que essa estrutura predominasse em todas as tribos primitivas. Mais tarde, com a ocorrência de guerras, a carência de mulheres e também uma inclinação natural, acredita-se que os homens começaram a buscar relações com mulheres pertencentes a outras tribos, e esse fenômeno caracteriza-se pela primeira manifestação contra o incesto (exogamia). Dessa maneira, a civilização começa a caminhar para uma organização monogâmica, que predomina até os dias de hoje.<sup>433</sup>

Segundo o autor Rodrigo da Cunha Pereira, a família pode ser dividida em três fases na civilização humana, quais sejam, o estado selvagem, o estado de barbárie e o estado de civilização:

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.<sup>434</sup>

Regressando à época do direito antigo, precisamente a do direito romano, em suas sociedades autocráticas<sup>435</sup>, em que o pai era o símbolo de autoridade e poder, e também o líder religioso que conduzia toda a sua família, a qual também poderia possuir agregados e escravos, a família era a unidade onde reunia-se o trabalho, a produção de bens, a

---

433 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.

434 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família:** uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12.

435 Autocracia é uma forma de governo na qual há um único detentor do poder político-estatal, ou seja, é o poder que está concentrado em um único governante, podendo ser este um líder, um comitê, um partido, uma assembleia, etc.

religião, a educação etc. A família possuía, dentre suas finalidades, a de produção de bens necessários à vida. Todos os integrantes da família eram comandados pelo pater<sup>436</sup>.<sup>437</sup>

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, se considerarmos o ponto de partida da origem da família, essa organização da classe romana dominante, estaríamos atribuindo às famílias uma história de perdas, pois a sociedade subtrai funções da família com o passar do tempo. Como um exemplo disso podemos observar a Revolução Industrial, pois retirou da família sua função econômica. No século XIX, disseminou-se a ideia de que a população deveria possuir um lugar para morar e outro para trabalhar, apagando o que foi dito anteriormente de que a família reunia as funções de produção. Dentre outras perdas, podemos citar a difusão do cristianismo, que retirou por completo a função religiosa da família, também a função educacional, pois, na Idade Média, a Igreja Católica era responsável por educar seus sacerdotes.<sup>438</sup>

Foi na tentativa de frear o homem em relação a liberdade que tinha, em busca da satisfação de seus prazeres, de fazer outras pessoas como objetos, que a sociedade, em determinado momento da história, instituiu o modelo do casamento para que se tornasse uma regra de conduta. E é por esse motivo que a civilização colocou restrições a total liberdade, e o direito exige que ninguém fuja disso. Então, perante uma sociedade conservadora, o matrimônio deveria existir para que os vínculos afetivos fossem aceitos socialmente. A família nessa época era extensa, uma comunidade rural, formada por todos os parentes, unidade de produção e de procriação. A procriação era muito incentivada na antiguidade, pois com ela a família ganhava mais força de trabalho e era sinônimo de melhores condições de sobrevivência de todos os seus integrantes. Com o advento da Revolução Industrial e com a necessidade de mão de obra no mercado, a mulher também ingressando no mercado de trabalho, o homem deixou de ser o centro de subsistência de sua família. Por isso, a estrutura da família se alterou e perdeu seu cunho totalmente hierarquizado e patriarcal, e sua função produtiva e reprodutiva. Com o êxodo rural, a saída das famílias do campo para morar nas cidades, houve uma grande aproximação de seus

---

<sup>436</sup> Pater familias (plural: patres familias) era o mais elevado estatuto familiar (status familiae) na Roma Antiga, sempre uma posição masculina. O termo é Latim e significa, literalmente, "pai de família".

<sup>437</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 16/17.

<sup>438</sup> Ibid., p. 17/18.



integrantes, pois se mudaram para espaços menores, e com isso surgiu o vínculo afetivo entre eles.<sup>439</sup>

Como já citado, a família contemporânea perdeu sua característica patriarcal que perdurou durante muito tempo, pois houve uma grande urbanização no século XX e também porque a mulher ganhou autonomia econômica e profissional, deixando de desempenhar seu papel essencialmente doméstico que exercia nas famílias patriarcais.<sup>440</sup>

Importante salientar, nesse histórico de perdas das funções familiares, que o que ainda subsiste é a função biológica e afetiva das famílias, e é isso que as mantêm. Nesse sentido, segundo Fábio Ulhoa Coelho: “a família tende a ser cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres, cresçam psicologicamente saudáveis, com autoestima e identidade.” <sup>441</sup>

Como a família, com o passar dos anos, deixou de ser controlada pelo Estado e se tornou um espaço de realizações pessoais, as demandas atuais são mais ligadas à vontade dos cidadãos de afastarem a intervenção do Estado em sua esfera de intimidades, de suas relações amorosas, e com isso conseguirem afastar a ideia que sempre prevaleceu na nossa sociedade, com relação a legislação sobre família, “mais cristalizadora de desigualdades e menos emancipadora”.<sup>442</sup>

O autor Sílvio de Salvo Venosa faz um apontamento importante dizendo que: “A noção atual de família nas civilizações ocidentais afasta-se cada vez mais da ideia de poder e coloca em supremacia a vontade de seus membros, igualando-se os direitos familiares.”<sup>443</sup>

A evolução das famílias foi muito importante para que houvesse o abandono da ideia do patriarcalismo, o qual perdurou durante muito tempo com resquícios nas famílias modernas, e a consequente valorização e respeito de cada membro de uma família.

---

<sup>439</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 27/28.

<sup>440</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

<sup>441</sup> LÔBO, Paulo. loc. cit.

<sup>442</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

<sup>443</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

### 1.3 O DIREITO DE FAMÍLIA

Em relação ao que foi dito no subtítulo sobre a origem e a evolução da família, acredita-se que o direito de família teve origem com a primeira lei que proibia o incesto, a qual era chamada de lei-do-pai, uma tentativa da civilização de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos, como diz a autora Maria Berenice Dias.<sup>444</sup>

Os fenômenos da família são regulados diretamente pelo Direito e pelo legislador, por isso torna-se impossível tentar separá-los.<sup>445</sup> Segundo Maria Helena Diniz, o conceito do direito de família é:

O complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, e as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.<sup>446</sup>

Portanto, entende-se que o direito de família é o ramo do direito civil que diz respeito às pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, porque mesmo que a curatela e a tutela não advenham de relações familiares, possuem a finalidade conectada com esse direito, como já dito anteriormente.<sup>447</sup>

Foi com base na família patriarcal e na concepção do homem livre proprietário que, no Brasil, ingressou-se as bases da legislação sobre a família. A maior parte dos artigos do Código Civil de 1916 que falavam sobre o direito de família, tratavam sobre os direitos patrimoniais, e a outra parte tratava sobre os direitos pessoais. Com toda a evolução ocorrida no século XX, a qual já foi citada anteriormente, essas bases começaram a ser

---

444 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 28.

445 VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 9.

446 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

447 Ibid., p. 4.

desfeitas, pois havia uma nova legislação emancipadora das relações familiares, que acabaram com as estruturas do patriarcalismo.<sup>448</sup>

Segundo Washington de Barros Monteiro:

A Constituição Federal de 1988 equiparou à família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, não só a entidade familiar, resultante da união estável entre o homem e a mulher, tendente ao casamento, como também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º e §5º).<sup>449</sup>

Por ter a família uma grande importância nas sociedades, e também no Brasil, como já dito anteriormente, ela possui proteção do Estado, e pode ser considerada como parte do direito público, num sentido mais amplo, por isso é que, em todas as lides que está envolvida, há a intervenção obrigatória do Ministério Público, que é a representação do Estado na composição do litígio. <sup>450</sup>

Portanto, atualmente, a definição já citada pela autora Maria Helena Diniz nos parágrafos anteriores, serve perfeitamente para explicar as relações jurídicas existentes no direito de família, pois o que existia no Código Civil de 1916 era o casamento como elemento fundamental da noção de família, e mais tarde, com outra legislação extravagante até o novo Código Civil de 2002, outras relações jurídicas foram contempladas, e além de regular as relações oriundas do casamento, também regula

---

448 LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

449 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil:** Direito de Família. v. 2. 38. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

450 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.

aquelas advindas da união estável (art. 1.723 a 1.727)<sup>451</sup>, dos alimentos (art. 1.694 a 1.710)<sup>452</sup> e o das relações de parentesco (art. 1.595)<sup>453.454</sup>

---

451 Art. 1.723, do Código Civil. 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. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do [art. 1.521](#); não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do [art. 1.523](#) não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

452 Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais. Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do [art. 1.694](#). Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor. Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação. Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no [art. 1.694](#). Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência. Art. 1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça. Art. 1.706. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual. Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora. Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. Art. 1.709. O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio. Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.

O Código Civil de 2002, além de ampliar as relações jurídicas de família, também ampliou a noção de parentesco, pois este pode ser natural, se for de origem consanguínea ou também pode ser civil, conforme resulte de outra origem, conforme o disposto no artigo 1.593 a 1.595. O novo Código Civil teve grande inovação nesse aspecto, pois valorizou as relações familiares que não tem origem de consanguinidade, e que atualmente estão muito presentes na sociedade e merecem consideração.

Em relação às suas características, vale ressaltar que possui uma natureza pessoal e não possui natureza econômica, exceto quando trata-se dos regimes de bens no casamento e na união estável, dos alimentos e dos bens pertencentes aos incapazes.<sup>457</sup>

Conclui-se, portanto, que o novo Código Civil trouxe importantes inovações na parte do direito de família, pois além de dar atenção e valorizar as outras formas de constituição familiar, não apenas as de laços biológicos, concedeu direitos pessoais para os indivíduos pertencentes às relações familiares, ao invés de apenas regular a parte referente ao patrimônio.

#### 1.4 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Três grandes períodos marcam a história do direito de família brasileiro, são eles: o direito de família religioso, do Brasil Colônia e do Brasil Império, que perdurou durante quatrocentos anos, onde predominava o modelo de família patriarcal. O modelo do direito de família laico, do Brasil República, e que durou até a nossa Constituição Federal de 1988,

---

453 Art. 1.595, do Código Civil. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. § 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

454 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 2. 38. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4.

455 Art. 1.593, do Código Civil. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

456 MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit. p. 4.

457 Ibid., p. 5.

onde reduziu-se progressivamente a ideia de família patriarcal. E por último o direito de família igualitário e solidário, que foi instituído pela Constituição Federal de 1988.<sup>458</sup>

No primeiro período da história do direito de família brasileiro, predominou o caráter religioso, onde a matéria era de responsabilidade somente da Igreja Católica. O Estado nesse período, não regulava a vida particular dos indivíduos, isso era feito pela Igreja e isso não se alterou com a Independência do Brasil, mesmo a Constituição de 1824 ser influenciada pelos movimentos iluministas e liberais da Revolução Francesa.<sup>459</sup>

Em meados do século XIX, o governo imperial elaborou a Consolidação das Leis Cíveis, com a atuação do jurista Teixeira de Freitas. Em 1889, o governo republicano atuou para a retirada do direito canônico das relações familiares, especialmente do matrimônio. A consequência disso foi que o casamento somente religioso não possuía e nem produzia qualquer efeito civil. Então, a Constituição de 1891, em seu artigo 72, §4º, dizia que a República só conhecia para efeitos cíveis o casamento civil, que deveria ser celebrado gratuitamente.<sup>460</sup>

A partir daí e durante o século XX, o modelo patriarcal foi perdendo suas forças, e as desigualdades que se encontravam no direito de família foram sendo reduzidas. Diversas leis foram criadas para que essa redução de desigualdades pudessem ocorrer. O nosso país foi um dos participantes das grandes mudanças que ocorreram em relação ao direito de família na década de 70 do século XX, foram grandes evoluções nesse ramo do direito, e o modelo conservador que existia nas décadas e séculos anteriores foi superado.<sup>461</sup>

A Constituição de 1988, revolucionária e considerada uma das mais avançadas dentre as constituições de outros países, colocou um ponto final nas desigualdades jurídicas na história da família brasileira. As famílias não matrimoniais receberam proteção igual às das constituídas pelo casamento; trouxe a igualdade de direito entre homens e mulheres em sua sociedade conjugal, entre outras proteções trazidas pela nova Constituição.

O nosso Código Civil de 2002 trouxe algumas confusões ao direito de família. Trouxe inovações da nossa Constituição de 1988, porém ainda manteve alguns rastros do

---

458 LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40/41.

459 LÔBO, Paulo. loc. cit.

460 LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

461 Ibid., p. 43.

Código Civil de 1916. Isso fez com que muitos projetos de lei fossem criados para tentar corrigir o novo Código Civil.

## 1.5 FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DAS FAMÍLIAS

Nunca existiu, na história da humanidade, uma única forma de estrutura de família, sendo que atualmente o mesmo ocorre em nossa sociedade. Consegue-se identificar diferentes formas de constituição de família, as que possuem o marido a mulher e seus filhos biológicos, outras apenas com a mulher e seus filhos biológicos, ou até mesmo com duas pessoas do mesmo sexo com ou sem filhos etc. Porém, deixando um pouco toda essa diversidade de lado, são utilizados modelos padrões de como é estruturada uma família "normal", que ajudam na compreensão da família na nossa civilização, ou seja, a ocidental, com raízes europeias. As quais são: a tradicional, a romântica e contemporânea.<sup>462</sup>

O modelo de família tradicional vigorou até meados do século XIX, na qual o pai era o comandante da família e, dessa forma, tomando todas as decisões cabíveis e que se referissem aos seus integrantes. Dentre os seus poderes em relação aos membros da família, o pai podia escolher com quem seus filhos casariam. O segundo modelo citado, a família romântica, existiu entre o século XIX até os anos 1960, em que o pai deixa de possuir poderes sobre tudo e todos, mas continua sendo o centro da família. Nessa época, os filhos obtêm certa liberdade em relação ao matrimônio, ou sejam, podem manifestar sua vontade em relação à escolha da pessoa com quem casariam. Tem esse nome, pois segundo Fábio Ulhoa Coelho, dá-se início a despatrimonialização do direito de família. O último modelo, a família contemporânea, é caracterizada pela ascensão da mulher na nossa sociedade, a qual ocorreu na metade do século XX. Conquistando uma grande liberdade e independência, a mulher não precisa mais aceitar se casar com quem seu pai quer que ela case. O pai deixa de ser o tomador de todas as decisões de sua família e passa a aceitar opiniões de sua mulher e de seus filhos.<sup>463</sup>

Então, segundo o autor Fábio Ulhoa Coelho, podemos resumir os três modelos da seguinte forma:

A tradicional, em que os pais contratam o casamento dos filhos (até meados do século XIX); romântica, em que o pai da noiva tem o direito de não autorizar o casamento (de meados do século XIX até os anos 1960); contemporânea, em que as pessoas casam com quem

---

<sup>462</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20/21.

<sup>463</sup> Ibid., p. 21/22.

querem, independentemente da vontade dos pais (desde os anos 1960).<sup>464</sup>

Em pesquisa realizada anualmente pelo IBGE, a qual se chama PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios), verificou-se que houve uma queda progressiva no modelo de família nuclear (pai, mães e filhos). A pesquisa indicou que, em 1995, 57,6% dos domicílios eram constituídos por essas famílias, enquanto que em 2005 tinham caído para 50%. Isso quer dizer que, em metade desses domicílios, as pessoas convivem em outros tipos de entidades familiares ou vivem sós.<sup>465</sup>

Como o Código Civil de 2002 não se preocupou com a modalidade de família monoparental, que é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, o Projeto nº 2.285/2007, contemporâneo e atualizado Estatuto das Famílias, serviu para que esse reconhecimento ocorresse, e para que o paradigma de família patriarcal fosse abandonado.<sup>466</sup>

O principal objetivo desse Projeto foi de realizar uma atualização legislativa, visando as novas configurações das famílias no Brasil. Reúne toda a matéria de direito de família, que está esparsa nas outras fontes legais. Observa-se que houve a inclusão das famílias monoparentais e pluriparentais, bem como a união homoafetiva como entidades familiares e também o reconhecimento da relação de parentesco por socioafetividade ou afetividade, além da consanguínea. Portanto, é de suma importância a formulação desse Projeto, pois além de reunir todas as matérias de direito pessoal e patrimonial e também de direito processual em um Estatuto, dispôs sobre as novas estruturas familiares, formulando uma legislação que se adapta com os costumes e com o momento que a sociedade vive.

## 1.6 MODELOS DE FAMÍLIA

Faz-se necessário, antes de iniciar a abordagem mais profunda sobre o tema desse trabalho, analisar os modelos de família existentes hoje em dia, aquelas fundadas com base na afetividade, na pluralidade e entre outras características.

O direito de família é um dos institutos que mais se modifica, pois as relações familiares não são sempre as mesmas. É compreensível que se analise as relações familiares

---

<sup>464</sup> Ibid., p. 22.

<sup>465</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

<sup>466</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo, Atlas, 2008. p. 2.



a partir de um ângulo com menos discriminação, mais aberto. Dessa forma, tendo como uma constante o ritmo crescente das mudanças nas relações sociais, o que antes era inaceitável se tornou hoje corriqueiro e praticado como um ato normal nas praças e nos meios sociais. Não se deve manter os mesmos conceitos sempre, pois sempre estamos mudando e atravessando ciclos.<sup>467</sup>

A Constituição Federal alargou o conceito de família, mas mesmo assim não conseguiu definir e enumerar todos os modelos familiares existentes. Isso ocorre porque os modelos enumerados pela nossa carta magna são muito restritos, e atualmente existem diversas formas de constituição de famílias. Para que haja uma proteção por parte da legislação aos diferentes modelos de famílias, deve-se entender que o rol do artigo 226 da Constituição Federal<sup>468</sup> é meramente exemplificativo e não taxativo, pois se considerarmos taxativo as diversas estruturas familiares que existem e que não estão dispostas nesse rol, não seriam protegidas juridicamente e socialmente. Há uma diversidade de modelos de família existentes, tais como: a família matrimonial, a família informal, a homoafetiva, a paralela, a poliafetiva, a monoparental, a anaparental, a pluriparental, a natural, extensa ou ampliada, a substituta, a eudemonista, dentre outras espécies. Esse entendimento se dá com a utilização do Princípio da Pluralidade familiar e do Princípio da Dignidade Humana.<sup>469</sup>

---

467 CARNEIRO, Rafael Gomes da Silva; MAGALHÃES, Vanessa de Padua Rios. **O direito de liberdade e a possibilidade de reconhecimento da união poliafetiva.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12810](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12810)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

468 Art. 226, da Constituição Federal. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração; § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei; § 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; § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos; § 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; § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

469 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 131.

## 2.DO PODER FAMILIAR

É necessário ter-se um conhecimento acerca da evolução histórica, do conceito e das características que o poder familiar possui, para uma compreensão mais ampla sobre o assunto abordado.

### 2.1 HISTÓRICO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Retornando muitos anos na história, principalmente na época do direito romano, precisamente em suas sociedades autocráticas, como já estudado anteriormente, em que o pai era o centro do poder, a autoridade suprema, que conduzia toda a sua família, a qual também poderia possuir agregados e escravos, é que encontramos a origem da definição de pátrio poder. O pai possuía, em relação aos direitos civis de seus filhos, poderes absolutos, os quais perduravam a vida inteira, exceto nos casos de emancipação voluntária do filho, morte, diminuição da autoridade do pai ou elevação do filho a certas dignidades maiores. O filho era considerado um bem, podendo também ser vendido. Esse poder absoluto do pai era chamado de *patria potestas*, que significa a máxima do patriarcalismo.<sup>470</sup>

Segundo o autor Paulo Lôbo:

O *patria potestas* dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforismo atribuído aos estóicos, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não com atrocidade.<sup>471</sup>

Portanto, o pátrio poder dos romanos era um poder muito extenso, era considerado espécie do direito de propriedade, ou seja, os pais tinham direito de vida ou morte sobre seus filhos, podiam, por exemplo, renunciar desse poder e dá-los ou vendê-los. Os poderes que os pais possuíam eram extremamente superiores aos deveres, que quase não existiam naquela época.

Com o passar do tempo, com a influência do Cristianismo e do direito germânico, o pai de família fora perdendo o poder e autoridade absoluta que possuía anteriormente e obtendo cada vez mais deveres. No direito germânico antigo, essa autoridade ainda

---

470 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 600.

471 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 297.

estava muito presente, porém os filhos podiam libertar-se, ingressando no exército por exemplo. O Cristianismo influenciou na mudança desse paradigma, instituindo o respeito nas famílias, fazendo com que as leis rigorosas fossem alteradas.<sup>472</sup>

A Revolução Francesa também teve grande influência para a evolução dessa concepção, pois trouxe inovações, como a possibilidade de exercício do poder familiar pela mãe na ausência do pai e a possibilidade dos filhos possuírem bens.<sup>473</sup>

No Brasil, em seu antigo direito luso-brasileiro, predominavam, segundo a autora Denise Damo Comel: “as ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal.”<sup>474</sup> Existia, no direito da época, a figura do pátrio poder, uma herança das civilizações romanas, que também era adotado pelo direito português, o qual era um direito relacionado ao *pater familias*, onde o pai possuía poder absoluto em relação aos seus filhos legítimos e legitimados, durante a existência deles. Esse poder era disciplinado nas Ordenações Filipinas.<sup>475</sup> As Ordenações Filipinas eram o código legal português da época, promulgadas pelo rei Filipe I em 1603 com vigência até o ano de 1830. Essas ordenações eram constituídas por cinco livros, os quais regulavam o ordenamento social, a vida privada, a economia, os crimes, entre outros assuntos e, dentre as matérias abordadas nesses livros, encontrava-se o pátrio poder.<sup>476</sup>

O pátrio poder possuía algumas características, nesse sentido a autora Denise Damo Comel cita o autor José Virgílio Castelo Branco Rocha:

[...] eram as seguintes características do pátrio poder, no antigo direito: a) só o pai exercia o pátrio poder, não competindo à mãe senão certos direitos, relativos à obediência filial; b) a maioria terminava aos 25 anos de idade, mas não cessava com ela o pátrio poder se o filho continuasse sob a dependência do pai; c) o pátrio poder só dizia respeito aos filhos legítimos e legitimados, não

---

472 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 601.

473 RIZZARDO, Arnaldo. **loc. cit.**

474 COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

475 Ibid., p. 23/24.

476 Companhia das Letras. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=11152>>. Acesso em: 09 set. 2015.

alcançando os naturais e os espúrios; d) o pai podia nomear tutor aos filhos naturais, que eram chamados à sucessão se o pai fosse peão.<sup>477</sup>

Essas características do pátrio poder davam ao chefe de família (pai) soberania em relação aos seus filhos legítimos e legitimados, que eram aqueles havidos dentro do casamento, não se estendendo aos filhos naturais e aos espúrios. Esses poderes perduravam até os vinte e cinco anos de idade do filho, ou até que ele saísse da dependência do pai.

As formas de extinção do pátrio poder nessa época eram diferentes das que existem atualmente, porém podemos encontrar algumas semelhanças, como por exemplo a extinção pela morte dos pais ou dos filhos e também a que ocorre pela emancipação do filho.

Na República, ocorreu um marco importante para a evolução do pátrio poder, o qual retirou a exclusividade do exercício pelo pai. Foi o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 que trouxe essa inovação, ele autorizava a viúva a exercer o pátrio poder, porém isso só ocorria se ela não contraísse novas núpcias. Ocorre que esse marco inovador não retirou totalmente a submissão dos membros de uma família à figura paterna, isso só ocorreu cem anos mais tarde.<sup>478</sup> Importante apontar que esse Decreto foi importantíssimo para serem criadas as bases do Livro do Direito de Família do Código Civil de 1916 e do atual.

O Código Civil de 1916 possuía resquícios desse patriarcalismo e utilizava-se da expressão pátrio poder. Esse Código foi elaborado pelo legislador com fundamento no princípio da unidade de direção. Segundo os autores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz:

O modelo de família que os legislador teve em vista, ao elaborar o Código Civil em sua versão original, corresponde a uma família dominada pelo princípio da unidade de direção. A família tem um

---

<sup>477</sup> ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *apud* COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 25.

chefe: o marido. Sua estrutura é diferente, baseada no princípio de repartição das funções, e hierarquizada.<sup>479</sup>

Então, o Código Civil de 1916, trouxe todos os resquícios das legislações anteriores, ainda predominava o poder marital, ou seja, o marido continuava sendo o centro das relações familiares e a mulher sendo submissa dele e considerada relativamente incapaz (artigo 380, Código Civil de 1916/480). O poder familiar ainda era denominado pátrio poder, pois continuava sendo exclusiva função do homem, sendo ele o chefe da família. Porém, durante essa época, essas ideias começaram a ser confrontadas, algumas pessoas entendiam que o homem não deveria possuir total autoridade sobre sua família, pois os cônjuges encontravam-se no mesmo plano jurídico, e ambos deveriam decidir na administração da sociedade conjugal.

A autora Denise Damo Comel citando o autor Luiz Edson Fachin, diz: “Tal era a percepção hierarquizada da família, bem como as circunstâncias em que estabelecia a direção familiar, que era possível questionar se os filhos seriam também titulares de direitos e deveres no exercício do designado pátrio poder.”<sup>481</sup> Existiam somente direitos concedidos ao pai com relação aos seus filhos, aqueles exerciam o poder de forma autoritária, diferentemente do que ocorre atualmente.

Embora a legislação não declarasse que a mulher era responsável pela criação de seus filhos, a doutrina, com base no amor e na solidariedade que prevalecem nas relações entre pais e filhos, começou a inserir a vontade da mulher na criação da sua prole. Mesmo que a legislação não dispusesse sobre isso na teoria, o que ocorria na prática era a participação ativa da mulher nos encargos da criação e educação de seus filhos.<sup>482</sup>

Portanto, mesmo a legislação dispendo sobre a hierarquização nas relações familiares, a doutrina iniciou o difícil trabalho de inserção da mulher nas decisões conjugais,

---

<sup>479</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 302.

<sup>480</sup> Artigo 380, do Código Civil de 1916. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

<sup>481</sup> FACHIN, Luiz Edson. *apud* COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 28.

<sup>482</sup> COMEL, Denise Damo, loc. cit.

onde o marido deveria escutar a opinião dela sobre tudo o que dissesse respeito ao interesse dos filhos.

Os sujeitos passivos desse poder eram somente os filhos naturais, os legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, excluindo-se dessa relação os incestuosos, os adúlteros e os espúrios. Esses últimos, os quais eram considerados ilegítimos, ficavam sobre o pátrio poder da mãe. Os pais possuíam, segundo o artigo 384 do Código Civil de 1916<sup>483</sup>, deveres em relação aos seus filhos. A extinção do poder familiar ocorria em alguns casos: com a morte dos pais ou do filho; pela emancipação; pela maioridade, a qual era fixada em 21 anos de idade e também pela adoção.<sup>484</sup>

Com a ocorrência de término da relação conjugal, o pátrio poder não era atingido, ou seja, a titularidade se mantinha. A única modificação era em relação à guarda dos filhos, a qual era decidida por ambos os cônjuges em caso de desquite amigável. Segundo a autora Denise Damo Comel:

Já no desquite judicial, o texto oferecia, no art. 326, três possibilidades relativamente à guarda dos filhos. Havendo cônjuge culpado, os filhos deveriam ficar com o inocente. Sendo os dois culpados, a solução dada era com base na lei do sexo, ou seja, até os seis anos, tanto meninos quanto meninas ficariam com a mãe. Após essa idade, para não fugir do conservadorismo machista da época, os meninos passariam a ficar sob a guarda do pai, permanecendo as meninas com a mãe.<sup>485</sup>

O artigo 326, do Código Civil de 1916<sup>486</sup>, retrata as características daquela época, ou seja, o interesse dos pais era primordial para resolver os conflitos familiares. Atualmente,

---

483 Artigo 384, do Código Civil de 1916. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

484 COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 30/31.

485 Ibid., p. 31.

486 Artigo 326, do Código Civil de 1916. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. §1.º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas,

percebe-se que o que prevalece nas relações familiares são os interesses dos filhos, sendo em prol deles a escolha de quem ficará com a sua guarda.

Segundo o artigo 327, do Código Civil de 1916<sup>487</sup>, se o juiz entendesse que os interesses dos filhos estavam sendo lesados, poderia, em qualquer caso, afastar-se da regra do artigo anterior e decidir diferentemente sobre a guarda destes.

Mesmo com a concessão de direitos às mulheres de exercerem o pátrio poder, na eventual falta ou impedimento de seus maridos, atuando como substitutas, os homens ainda possuíam o poder supremo nas relações familiares, ficando a cargo deles zelar pelo patrimônio e pela vida pessoal de seus filhos, essa era a sistemática do Código Civil de 1916.

Após dois anos da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, passou a vigorar o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual substituiu o Código de Menores (Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979) e com base no princípio da igualdade entre homens e mulheres e também dos filhos, dispôs sobre o pátrio poder.<sup>488</sup> O artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>489</sup>, assegurou à igualdade de poderes entre os pais no exercício do poder familiar e proibiu qualquer tipo de discriminação ou privilégio entre eles. Segundo a autora Denise Damo Comel, esse dispositivo:

[...] reafirmou o exercício da função paterna em igualdade de condições entre o homem e a mulher, o que já determinara a Constituição Federal, coibindo quaisquer discriminações, privilégios

---

enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. §2.º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

<sup>487</sup> Artigo 327, do Código Civil de 1916. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular, por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores, a situação deles para com os pais.

<sup>488</sup> COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 46.

<sup>489</sup> Artigo 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

ou distinções entre eles, pois investidos ambos nas prerrogativas inerentes a tal instituto protetivo.<sup>490</sup>

A Constituição Federal concedeu igualdade de tratamento entre homens e mulheres e igualdade absoluta entre todos os filhos, porém a legislação infraconstitucional, até a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, só reconhecia o pátrio poder no casamento, e somente a certos e determinados filhos. Portanto esse Estatuto veio para abolir a limitação que havia do pátrio poder, e estendendo-o a todos os membros de uma família. Reconheceu que todo o menor tem direito de proteção pelos pais, independentemente da situação conjugal em que se encontram.<sup>491</sup>

O artigo citado anteriormente (artigo 321, do ECA), no que concerne ao exercício do pátrio poder, dispunha que deveria ser exercido conforme a legislação civil vigente. Naquela época, a legislação civil vigente era o Código Civil de 1916, totalmente patriarcal e fundada no princípio da unidade de direção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi muito importante para o preenchimento de lacunas criadas pela inaplicabilidade do Código Civil de 1916, o qual era contrário aos princípios constitucionais de 1988. Porém nem todas as lacunas eram preenchidas com o Estatuto, pois não disciplinava legalmente todos os assuntos. Então a população, durante mais de doze anos, ficou na expectativa que o legislador regulamentasse as relações entre pais e filhos conforme os princípios constitucionais vigentes.<sup>492</sup>

Enquanto no Código de 1916 a matéria do pátrio poder estava disciplinada em apenas um capítulo, no novo Código Civil de 2002 a matéria de poder familiar foi disciplinada em um capítulo inteiro, em dois títulos, um pessoal e um patrimonial. O novo Código Civil possui quatorze artigos sobre o tema, ao passo que o antigo possuía somente doze artigos. Esses artigos estão inseridos no Livro IV – Do Direito de Família, em seu Título I – Do Direito Pessoal, no Subtítulo II – Das Relações de Parentesco, no Capítulo V – Do Poder Familiar, em três sessões: a primeira sobre as disposições gerais (artigo 1630 ao

---

<sup>490</sup> COMEL, Denise Damo. op. cit. p. 46.

<sup>491</sup> Ibid., p. 47.

<sup>492</sup> COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 47/48.



1633493), na segunda sobre o exercício do poder familiar (artigo 1634494) e a terceira sobre a suspensão e extinção do poder familiar (artigo 1635 ao 1638495). Também no Título II – Do Direito Patrimonial, no Subtítulo II – Do Usufruto e da Administração dos Bens de filhos menores (artigo 1689 ao 1693496).

---

493 Artigo 1630, do Código Civil. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores; Artigo 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo; Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos; Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

494 Artigo 1.634, do Código Civil. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

495 Artigo 1.635, do Código Civil. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do [art. 5º, parágrafo único](#); III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do [artigo 1.638](#); Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável; Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão; Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

496 Artigo 1.689, do Código Civil. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade; Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária; Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de

Os dois aspectos, pessoal e patrimonial, foram divididos em dois Títulos diferentes ao serem inseridos no novo Código Civil, pois segundo a autora Denise Damo Comel, citando o autor Eduardo Silva da Silva:

Critério que leva em conta que nas relações de família existe um vínculo de natureza moral, jurisdicalizado apenas parcialmente, e outro vínculo de natureza patrimonial, uma relação econômica, sem a qual seria impossível a manutenção do *status* de família.<sup>497</sup>

Assim, cada assunto é abordado separadamente e tratado adequadamente segundo suas perspectivas e potencialidades. Observa-se que a regulação leva em conta principalmente o aspecto pessoal das relações familiares, deixando em segundo plano o aspecto patrimonial.

Foi com a chegada do Código Civil de 2002 que a expressão pátrio poder fora substituída por poder familiar, que, segundo Carlos Roberto Gonçalves “não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao “poder”.”<sup>498</sup> Nesse mesmo viés, o autor Paulo Lôbo posiciona-se quanto à expressão poder familiar, dizendo que o correto seria utilizar-se a expressão “autoridade parental”, pois a palavra poder reporta ao poder físico que uma pessoa tem sobre a outra, dizendo:

Com efeito, parece-nos que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, análoga à

---

ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo: I - os filhos; II - os herdeiros; III - o representante legal; Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial; Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais: I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

497 SILVA, Eduardo Silva da. *apud* COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 51/52

498 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 360.

que se exerce em toda organização, pública ou privada. “Parental” destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há ente pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade, além de fazer justiça à mãe.<sup>499</sup>

Verifica-se, portanto, que mesmo a expressão “poder familiar” ser mais adequada que a antiga expressão “pátrio poder”, ela ainda não está de acordo com a evolução que o instituto da família sofreu durante o tempo. O correto seria utilizar-se a expressão “autoridade parental”, pois não traz a noção de poder de uma pessoa sobre outra, apenas da posição superior que os pais possuem em relação aos filhos.

Como dito anteriormente, o novo Código Civil de 2002 trouxe a expressão “poder familiar” e, com ela, todos os deveres dos pais para com seus filhos. O Estado assegura assim, a proteção do futuro das novas gerações, visando mais o interesse da família e dos filhos do que somente dos genitores, atendendo dessa maneira o princípio da paternidade responsável, que está presente no artigo 226, §7º., da Constituição Federal<sup>500</sup>.

Ao longo do tempo, como visto no capítulo anterior, a família foi sendo democratizada, tornando-se uma comunidade ou uma instituição de convivência, baseada no respeito, afetividade e liberdade entre seus membros, buscando sempre a realização plena deles, abandonando os resquícios de autoritarismo, onde o pai era o centro de comando, tomando todas as decisões em relação aos seus filhos. A autoridade dos pais transformou-se em diálogo, por isso a expressão pátrio poder perdeu seu sentido nas famílias atuais, sendo substituído pela expressão poder familiar.

Mesmo com a evolução das famílias, a qual perdeu seu caráter patriarcal, ainda há resquícios de autoridade.

Como as fontes normativas não conceituaram o poder familiar, mas apenas regulamentaram as características específicas dele, como quem são os sujeitos, a quem compete, o seu exercício como também qual é a maneira da sua suspensão ou extinção, a doutrina ficou encarregada de defini-lo.

---

<sup>499</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

<sup>500</sup> Artigo 226, da Constituição Federal. 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.

Alguns autores, como Washington de Barros Monteiro, definem o poder familiar como “o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante a pessoa e bens dos filhos menores”<sup>501</sup>. A autora Maria Helena Diniz, assim o definiu:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõem, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.<sup>502</sup>

Os pais possuem, em relação aos seus filhos, direitos e deveres que coexistem para que haja uma harmonia funcional, satisfazendo os interesses conjuntos como também os individuais. Os filhos possuem uma necessidade natural em suas vidas de que, os pais não apenas alimentem-nos, mas também que os deem educação e auxiliem em sua criação. Portanto, os pais são os responsáveis por cuidar, amparar, educar, defender, guardar os interesses de seus filhos, protegendo à pessoa deles e seus bens.

Segundo a autora Maria Berenice Dias:

Todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficarão sob tutela (CC 1.728 I).<sup>503</sup>

Todos os filhos menores ficam sob o poder familiar de seus pais, se os pais forem desconhecidos ou tiverem morrido, os menores deverão ficar sob tutela, conforme o artigo 1728, I, do Código Civil<sup>504</sup>.

---

501 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, vol. 2: direito de família, São Paulo. Saraiva, 2004, p. 348.

502 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 5: direito de família. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 588

503 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 436.

504 Artigo 1.728, do Código Civil. Os filhos menores são postos em tutela: I- com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes.

O poder familiar possui algumas características, dentre elas: é um direito personalíssimo, e devido a isso não pode ser alienado e nem renunciado, delegado ou substabelecido.

O poder familiar também é imprescritível, ou seja, o direito dos pais de exercer o direito familiar não decai somente pelo não exercício, somente podem perdê-lo em casos expressos e previstos em lei. Ele também não é compatível com a tutela, pois não é permitido nomear tutor a menor, o qual o pai ou a mãe não tenham seu poder familiar suspenso ou extinto.<sup>505</sup>

Com relação ao exercício do poder familiar, o artigo 1.634 do Código Civil disciplina quais são as obrigações dos pais com seus filhos. Esse artigo foi modificado recentemente pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, comumente chamada como a Lei da Igualdade Parental. Algumas obrigações foram mantidas e outras foram acrescentadas. Essas obrigações são de extrema importância, tanto para a educação como para o crescimento pessoal dos menores, pois, cumprida corretamente as obrigações, isso poderá determinar o sucesso do filho em sua vida, tanto pessoal como profissional.

Existem, porém, algumas situações em especial, disciplinadas pelo Código Civil, no artigo 1.632, como leciona o autor Arnaldo Rizzardo:

Nos casos de separação judicial, divórcio e dissolução da união estável, os filhos ficam na guarda de um dos progenitores. Ao outro é reservado o direito de visita. Não há, porém, relativamente a este, a perda, e nem sequer a suspensão, do exercício do poder familiar.

---

<sup>505</sup> DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 590.

<sup>506</sup> Artigo 1.634, do Código Civil. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>507</sup> Artigo 1.632, do Código Civil: A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Os progenitores deverão concordar nas questões que dizem respeito aos filhos.<sup>508</sup>

Após o término da relação entre os pais, eles não perdem o poder familiar que exerciam em relação aos seus filhos quando residiam juntos, o que ocorre é uma divisão dos direitos e deveres, pois seria inviável se continuassem possuindo os mesmos direitos e deveres e não residindo conjuntamente.

## 2.2 SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é intransferível, inalienável e indelegável, porém é impregnado de elementos de ordem pública, não sendo, portanto, absoluto e intangível, sujeitando-se à fiscalização e controle por parte do Estado nos termos da lei. O Estado reserva-se no direito de fiscalizar se os pais estão exercendo o seu poder familiar em benefício de seus filhos, e em caso de desrespeito desse dever os pais podem ter esse poder suspenso e, em casos mais graves, extinto. A ação do Estado também envolve a proteção e preservação da integridade física e psíquica das crianças e dos adolescentes, e caso isso não esteja ocorrendo, o poder Público pode afastá-los do convívio de seus pais. A finalidade de suspender ou extinguir o poder familiar é de preservar o interesse dos filhos, e não se caracteriza como uma punição.<sup>509</sup>

Segundo o autor Paulo Lôbo:

A extinção do poder familiar é a interrupção definitiva do poder familiar. As hipóteses legais (art. 1635 do Código Civil) são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda do poder familiar. A ocorrência real dessas causas leva à extinção automática. A extinção não se confunde com a suspensão, que impede o exercício do poder familiar durante determinado tempo, e com a perda. Esta última leva à extinção, ainda

---

508 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 604.

509 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 444.

que por causas distintas, de rejeição do direito, ao contrário da extinção propriamente dita.<sup>510</sup>

A extinção do poder familiar, como já citado anteriormente, ocorre quando há a interrupção definitiva, a suspensão é o impedimento do exercício do poder familiar por determinado tempo e a perda, segundo Pontes de Miranda: "somente se dá quando nenhum direito, elemento do pátrio poder (não oriundo apenas da qualidade de pai), resta ao que foi destituído; e de modo definitivo."<sup>511</sup>

A autora Denise Damo Comel, diz que:

Os modos de extinção do poder familiar podem classificar-se em absolutos e relativos, conforme o extinguam em si mesmo, ou com relação à pessoa que o exerce. Os absolutos implicam causas de extinção propriamente dita. Os relativos, causas de perda ou suspensão do poder familiar.<sup>512</sup>

A extinção é a interrupção definitiva do poder familiar, impõe-se de modo completo em razão de fatos dispostos em lei. Ela não é considerada punição, pois não diz respeito ao descumprimento dos deveres dos pais. As hipóteses legais da extinção estão disciplinadas no artigo 1.635 do Código Civil<sup>513</sup>, e são elas: a morte dos pais ou do filho, a emancipação, a maioridade, a adoção e a decisão judicial, na forma do artigo 1.638 do Código Civil<sup>514</sup>.

A suspensão do poder familiar é aceita sob dois ângulos, ou seja, pode ser de caráter protetivo em relação aos interesses dos filhos ou como medida punitiva aos pais

---

510 LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306.

511 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**, v. 9. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974. p. 170.

512 COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 298.

513 Artigo 1.635, do Código Civil. Extingue-se o poder familiar: I- pela morte dos pais ou do filho; II- pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III- pela maioridade; IV- pela adoção; V- por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

514 Artigo 1.638, do Código Civil. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I- castigar imoderadamente o filho; II- deixar o filho em abandono; III- praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

por deixarem de exercer o poder familiar.<sup>515</sup> O autor Sílvio Rodrigues leciona sobre o assunto: “[...] a suspensão (também a destituição) constitui sanção aos pais a qual visa atender ao maior interesse do menor.”<sup>516</sup> O melhor entendimento é o de que a suspensão, assim como o poder familiar, deve ser instituído em prol dos interesses do menor.

A suspensão define-se como a restrição do exercício dos pais, que pode atingir todas as funções ou apenas algumas, sempre levando em conta os motivos que levaram os pais a proceder daquela maneira e também às circunstâncias particulares da relação com o filho. A suspensão pode ser revista e, quando as causas já estiverem superadas, cancelada, sempre em prol do interesse do menor. Ao juiz é facultado aplicá-la ou não. Como regra geral, poderá ser aplicada sempre que os pais descumprirem injustificadamente os deveres e obrigações em relação aos seus filhos, conforme o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>517</sup>. De forma especial a suspensão do poder familiar ocorrerá segundos as hipóteses do artigo 1.637, do Código Civil<sup>518</sup>, que são quatro: o descumprimento dos deveres dos pais; a ruína dos bens dos filhos; risco à segurança do filho e condenação em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão.<sup>519</sup>

Além dessas hipóteses legais, outras podem vir a existir e suspender o poder familiar. A suspensão não exige que as hipóteses sejam repetidas, ou seja, pode ser que ocorra uma vez e já dê ensejo a suspensão, ela é adotada sempre que não exista outra medida cabível em determinado caso e pode ser revista. Em relação a prática de

---

<sup>515</sup> Ibid., p. 264/265.

<sup>516</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 360/361.

<sup>517</sup> Artigo 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

<sup>518</sup> Artigo 1.637, do Código Civil. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único: Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão.

<sup>519</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306/307.



determinados atos, pode ser total ou parcial, sempre visando a proteção do menor e de seus bens.<sup>520</sup>

Por último, a perda do familiar se caracteriza por ser uma sanção imposta por sentença judicial aos genitores e ocorre sempre que a segurança e a dignidade do filho estejam ameaçadas permanentemente. Essa medida somente deve ser adotada quando outras não puderem resolver o problema, sendo ela sempre em benefício do menor. O Código Civil, em seu artigo 1.638<sup>521</sup>, nos traz as possibilidades de adoção dessa medida, são elas: abandono do filho, castigos imoderados, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, prática reiterada das alternativas de suspensão. Os genitores também podem perder o poder familiar quando praticarem crimes dolosos, punidos com pena de reclusão, em que a vítima seja o filho.<sup>522</sup>

Os castigos praticados sem moderação não devem ser aceitos, pois não trazem nenhum benefício para o filho. Mesmo que o castigo tenha ocorrido uma única vez, já dá ensejo para a perda do poder familiar e o pai responderá por crimes de maus tratos, nos termos do artigo 136 do Código Penal<sup>523</sup>.<sup>524</sup>

O Código Civil foi omissivo quanto aos castigos leves aplicados às crianças e adolescentes, pois só menciona em seu artigo 1638, inciso I<sup>525</sup>, a consequência nos casos de aplicação de castigos imoderados pelos pais. Então, pelos ensinamentos do autor Arnaldo Rizzardo, conclui-se que os castigos leves são autorizados em caso de

---

<sup>520</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 307.

<sup>521</sup> Artigo 1.638, do Código Civil. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I- castigar imoderadamente o filho; II- deixar o filho em abandono; III- praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

<sup>522</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 308/309

<sup>523</sup> Artigo 136, do Código Penal. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena – detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

<sup>524</sup> COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 287.

<sup>525</sup> Artigo 1.638, do Código Civil. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho.

desobediência dos filhos, porém nunca devem ter caráter de maus tratos.<sup>526</sup> Porém há controvérsias, a autora Maria Berenice Dias, seguindo o pensamento do autor Paulo Lôbo, tem seu posicionamento contra a utilização de qualquer castigo que viole a integridade física das crianças e dos adolescentes, dizendo que a possibilidade de aplicação de castigos moderados vai contra as normas protetoras deles. A autora cita o autor Paulo Lôbo:

Desfrutam eles do direito fundamental à inviolabilidade da pessoa humana, que também é oponível aos pais. É dever da família colocar criança e adolescente (ou seja, os filhos) a salvo de toda violência (CF 227). O castigo físico, ainda que moderado, por certo configura prática de violência. Até a integridade física dos presos é assegurada (CF 5.º XLIX). Se assim é com o adulto, com maior razão deve ser com relação à criança ou ao adolescente, ainda que de castigo moderado se trate.<sup>527</sup>

Mais aceitável e mais favorável aos menores, é o pensamento do autor citado por último. Portanto, não se deve aceitar nenhum tipo de castigo (imoderado ou moderado) que atinja a integridade física da criança ou do adolescente, pois eles possuem direitos fundamentais que dizem respeito a proibição da utilização da violência para corrigir seu atos, e esses direitos devem ser observados, preservados e cumpridos.

A jurisprudência também tem entendido que os castigos não devem ser aplicados:

ACÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA GENITORA, SOB O ARGUMENTO DE DESEJAR MAIS UMA CHANCE PARA MUDAR DE VIDA E PARA SE ADAPTAR AOS DEVERES DECORRENTES DA MATERNAGEM. EVIDÊNCIA DE MAUS TRATOS REITEIRADOS E DE SUBNUTRIÇÃO, ALÉM DE OUTRAS CONDUTAS INCOMPATÍVEIS COM O MUNUS. INFANTES QUE, ALÉM DE SOFREREM ABUSO FÍSICO POR PARTE DA MÃE E DE OUTROS PARENTES MATERNOS, PADECEM DIANTE DA FALTA DE CONDIÇÕES BÁSICAS DE SAÚDE E HIGIENE. CRIANÇAS QUE APRESENTAM SEVERAS CICATRIZES DE SURRAS E CASTIGOS IMODERADOS, ESCABIOSE, PEDICULOSE E OUTRAS CONDIÇÕES,

<sup>526</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 607.

<sup>527</sup> LÔBO, Paulo. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 447.

CARACTERÍSTICAS DO ABANDONO DO QUAL SÃO VÍTIMAS. CIRCUNSTÂNCIAS AVILTANTES DA ESPECIAL DIGNIDADE DO SER EM FORMAÇÃO. DIREITO À INFÂNCIA PLENA QUE DEVE PREVALECER, A DESPEITO DO DESEJO MATERNO DE RECUPERAR OS FILHOS. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OBSERVADO. MENORES QUE SE ENCONTRAM JÁ COLOCADOS, E BEM ADAPTADOS, EM FAMÍLIA SUBSTITUTA, VISANDO À ADOÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "Como pessoa humana em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores da condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas. Tal tratamento deve ser ministrado não para diminuí-los sob o prisma jurídico, mas sim para que eles possam ser integralmente protegidos com objetivo de permitir 'o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, conforme a feliz redação do art. 3º da Lei 806990 - O Estatuto da Criança e do Adolescente." (GAMA, Guilherme Calmon. Princípios Constitucionais de Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2008, pp.80-81)528

Quando o pai abandona seu filho menor, revela-se inapto para o exercício do poder familiar, e também viola seu dever de guarda, educação e criação de seu filho, pois o coloca em situação de risco, ou seja, deixa-o a mercê de perigos com relação à sua segurança e integridade pessoal. O ato de abandono viola um dos principais direitos do filho, o de estar sob vigilância e cuidados dos pais. O abandono pode ter caráter material, quando o pai não possui condições financeiras para criar e educar seu filho, como pode ter caráter intelectual e afetivo. Para ser caracterizado o abandono, o filho deve ficar em estado de privação, sem a assistência de ambos os genitores.529

O abandono pode ocorrer em várias circunstâncias, tendo o pai intenção ou não. Quando ocorrer por dificuldades financeiras ou problemas de saúde, a medida adotada não deverá ser a perda do poder familiar, mas sim a suspensão ou a guarda, quando haja possibilidade de retorno do filho ao convívio dos pais ou ao que o abandonou. A perda do

---

528 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 20120530555**, Relator(a): RONEI DANIELLI, Sexta Câmara Cível, julgado em 29/08/2012. Disponível em: <<http://www.tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23826277/apelacao-civel-ac-20120530555-sc-2012053055-5-acordao-tjsc>>. Acesso em: 20 set. 2015.

529 COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 288/289.

poder familiar só deverá ocorrer quando não houver mais solução de recomposição da família, somente em casos excepcionais.<sup>530</sup>

Outra hipótese legal da perda do poder familiar, é quando há a prática de atos que vão contra a moral e aos bons costumes. A moral e os bons costumes são aferidos objetivamente, no convívio das pessoas em sociedade, em determinado tempo e lugar. Não prevalecem juízos de subjetividade do juiz, pois isso seria caracterizado como abuso de autoridade. Segundo ensinamento do autor Paulo Lôbo: "Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor, não podendo a perda do poder familiar orientar-se, exclusivamente, no sentido de pena ao pai faltoso."<sup>531</sup>

Segundo a autora Denise Damo Comel:

O pai é, antes de tudo, o educador do filho, tarefa que desempenha principalmente através do exemplo. Sua conduta há de pautar-se na mais estreita honestidade e retidão, condição fundamental para que leve a bom termo a educação do filho. O pai, cujo proceder é desregrado, imoral, indecente e licencioso, dado a prática de atos indecorosos e que afrontam os bons costumes, não está apto para ostentar nem exercer a função. Os filhos submetidos ao poder familiar ainda não têm uma personalidade formada e definida, estando em situação de especial vulnerabilidade diante do comportamento dos pais, de modo que não se pode admitir que permaneçam sob a autoridade de um pai responsável por atos que lhe possam influenciar, de modo maléfico e pernicioso, o caráter, em franco processo de desenvolvimento.<sup>532</sup>

O pai deve transmitir para seu filho bons exemplos, ter um caráter de respeito, para que possa influenciar favoravelmente na formação da personalidade do menor, que segue os exemplos de seus genitores enquanto não possui plena consciência de seus atos.

A última causa de perda do poder familiar é uma inovação trazida pelo novo Código Civil, que deu mais proteção aos menores, proibindo que seus pais cometam faltas reiteradas em relação aos seus deveres. Os pais quando reincidirem nas faltas aos deveres do poder familiar, poderão perdê-lo. Isso não quer dizer que toda a reincidência culminará

<sup>530</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309.

<sup>531</sup> LÔBO, Paulo. loc. cit.

<sup>532</sup> COMEL, Denise Damo, op. cit., p. 290.

na perda do poder familiar, isso só ocorrerá quando a medida se mostre extremamente necessária, analisando-se cada caso separadamente.<sup>533</sup>

Isso mostrou-se muito importante para o exercício consciente do poder familiar, pois os pais, ao cometerem faltas reiteradas podem perder seu poder, portanto devem agir em prol do bom desenvolvimento do filho, e não cometerem nenhuma falta que possa ensejar consequências drásticas tanto para a vida do filho quanto para a do pai.

A condenação por crime doloso praticado contra o filho, nos termos do artigo 92, inciso II, do Código Penal<sup>534</sup>, dá ensejo a perda do poder familiar. Conforme ensinamento da autora Denise Damo Comel:

Não se confunde a medida do Código Penal com a disciplinada no parágrafo único do artigo 1.637 do CC. É que a regra da lei penal trata dos efeitos secundários da condenação criminal, medida mais específica e grave que a outra, e se refere a crime praticado contra o filho, motivado por dolo e apenado com reclusão, cuja consequência será a incapacidade para o exercício do poder familiar, e não apenas a suspensão dele.<sup>535</sup>

Vale ressaltar que mesmo com a perda ou a suspensão do poder familiar, os pais não estão desobrigados em relação aos alimentos. Isso quer dizer que a obrigação em alimentá-los persiste mesmo com a ocorrência de alguma causa de extinção ou suspensão.<sup>536</sup>

Portanto, verifica-se que as medidas adotadas são sempre em prol do menor, em busca do resgate da convivência com seus genitores, uma reaproximação entre a família que seja benéfica e segura ao filho. Jamais uma dessas medidas será adotada em prejuízo do menor, pois é ele quem recebe a proteção do Estado. Através da sua fiscalização, o

---

<sup>533</sup> COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 291.

<sup>534</sup> Artigo 92, do Código Penal. São também efeitos da condenação. II- a incapacidade para o pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra o filho, tutelado e curatelado.

<sup>535</sup> COMEL, Denise Damo, op. cit., p. 292.

<sup>536</sup> DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 386.

Estado protege os menores e lhes garante os seus direitos, os quais devem ser cumpridos pelos seus genitores.

### 3.DA GUARDA

A guarda, em razão do exercício do poder familiar, é atributo natural dos pais em relação aos seus filhos. Porém quando ocorre o rompimento da relação entre os genitores, é preciso estabelecer quem será o guardião. Os genitores devem levar em consideração a situação de seus filhos, pois eles não podem sair prejudicados dessa decisão. A separação ocorre entre os pais e não entre os filhos. Então a guarda vem regularizar a situação e proteger os filhos de pais separados. Abordar-se-á na sequência esse assunto.

#### 3.1.HISTÓRICO E CONCEITO

Ao longo da história, a mulher (mãe) sempre foi a encarregada de cuidar da sua prole. Cultivou-se esse costume, pois os homens nunca possuíram uma educação voltada à criação, pois eram proibidos de brincar de boneca e de entrar na cozinha, entre outras atividades que eram exclusivas da mulher. Por isso as mulheres foram sempre preparadas para a maternidade e é natural que pensemos que após a separação dos pais o filho devesse ficar com quem está mais preparado para cuidar dele, ou seja, sua mãe.<sup>537</sup>

O destino dos filhos, após o rompimento da relação dos genitores, foi primeiramente regulado pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, em seu artigo 90538, o qual mandava que, após a sentença do divórcio, os filhos comuns e menores fossem entregues ao cônjuge inocente, fixando a quantia que o cônjuge culpado deveria contribuir para a educação da prole, assim como a contribuição do marido para o sustento da mulher, se ela fosse inocente e não tivesse condições financeiras de se manter.<sup>539</sup>

Com o advento do Código Civil de 1916, a guarda foi definida através da culpa, ou seja, o genitor considerado inocente era o que tinha direito de guarda dos filhos. Assim,

---

537 DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 450.

538 Artigo 90, do Decreto nº 181, de 1890. A sentença do divórcio litigioso mandará entregar os filhos comuns e menores ao conjuge innocente e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para a educação delles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, si esta for innocente e pobre.

539 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

quem “ganhava” pela inocência tinha direito de ficar com seu filho, transformando a guarda em um prêmio. Se os dois pais fossem culpados pela separação, o juiz poderia, verificando que seria respeitado a moral dos filhos, deixá-los com a mãe. Se só a mãe fosse considerada culpada, os filhos não poderiam ficar em sua companhia, não importando qual a idade que eles tivessem. O mesmo ocorria na Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), a qual dava preferência ao cônjuge inocente da separação. Em seu artigo 10540, dizia que a guarda seria concedida ao pai que não houvesse dado causa ao desquite, porém seu artigo 13541, permitia que o juiz decidisse diferentemente, em prol dos filhos, na ocorrência de motivos graves.<sup>542</sup>

No antigo Código Civil, o rompimento da relação era regulado de duas maneiras diferentes: a primeira era a amigável e a segunda a judicial. O seu artigo 325543, tratava da primeira hipótese e dizia que deveria ser observado, quanto a guarda, o que os cônjuges tivessem acordado. Já em relação a segunda hipótese, o artigo 326544, trazia que, em caso de culpa de um dos cônjuges, os filhos menores deveriam ficar com o cônjuge inocente, em caso de culpa de ambos, a mãe ficaria com as filhas menores, e com os meninos de até seis anos de idade, que depois dessa idade seriam entregues ao homem e havendo motivos graves em qualquer dos dois casos, o juiz poderia decidir quanto à guarda dos menores. As regras dos artigos anteriores eram aplicadas sempre que houvesse anulação do casamento e filhos comuns.<sup>545</sup>

---

540 Artigo 10, da Lei nº 6.515, de 1977. Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

541 Artigo 13, da Lei nº 6.515, de 1977. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

542 DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 450.

543 Artigo 325, do Código Civil de 1916. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar se á o que os conjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

544 Artigo 326, do Código Civil de 1916. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. §1.º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. §2.º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

545 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58/59.

Pela análise do antigo Código Civil, vê-se que eram levados em conta apenas os interesses dos pais, do casamento, banalizando o direito que as crianças possuíam. O Código Civil antigo só disciplinou a guarda frente à separação judicial dos pais, não regularizando a situação dos filhos em caso de separação de fato ou da situação dos filhos havidos fora do casamento. Foi por isso que a nossa Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente vieram trazer diversos direitos para a criança, deixando um pouco o conservadorismo de lado. Nesse assunto, manifesta-se a autora Maria Berenice Dias dizendo:

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 §5.º), banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Deixou de vingar a vontade masculina. Da mesma forma, o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformando-os em **sujeitos de direito**, trouxe toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos.<sup>546</sup>

O Decreto Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispunha sobre a organização e proteção da família, trouxe em seu artigo 16547 a regulamentação da guarda dos filhos naturais, determinando que eles ficassem com o genitor que os reconhecessem e, se ambos o reconhecessem, sob o poder do pai, podendo o juiz decidir de forma diversa, no interesse do menor.

O novo Código Civil colocou os filhos no centro da tutela jurídica, ao contrário do que ocorria na sistemática legal anterior, a qual priorizava somente o interesse dos pais em conflito, deixando de lado o interesse dos menores. A Constituição Federal, em seu artigo 227548, trouxe o princípio da prioridade absoluta da dignidade, respeito, convivência

---

546 DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 451.

547 Artigo 16, do Decreto Lei nº 3.200, de 1941. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. § 1º Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. § 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor.

548 Artigo 227, da Constituição Federal. 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



familiar da criança e do adolescente, princípio que não poderá ser afetado com a separação dos pais. Como já dito na introdução desse capítulo, o rompimento da convivência entre os pais não poderá afetar a convivência destes com seus filhos, mesmo eles vivendo em residências distintas.<sup>549</sup>

Como dito anteriormente, as mulheres tiveram uma criação diferente da que os homens possuíram, elas aprenderam, desde pequenas, a fazer as tarefas domésticas e também como proceder diante de desafios diários com seus filhos. Porém, com o passar do tempo, elas foram obtendo cada vez mais independência e conquistando vagas no mercado de trabalho, e as tarefas domésticas já não podiam mais ser de sua exclusividade. Foi então que os pais foram convocados, e viram-se obrigados a terem uma participação mais ativa na vida de seus filhos. No início foram resistentes, pois eram totalmente despreparados para aquela infinidade de tarefas do lar, porém com o passar do tempo e

---

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 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. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

549 LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189.

com uma maior adaptação, sentiram como é bom fazer parte da vida de seus filhos, e começaram a reivindicar um convívio maior com sua prole.<sup>550</sup>

A independência das mulheres, fez com que os homens se vissem obrigados a exercer o papel que era exclusivo delas dentro do lar. Inicialmente, foi uma tarefa árdua, pois diferentemente delas, eles nunca haviam recebido treinamento para como proceder diante das tarefas diárias com seus filhos, portanto tiveram que aprender sozinhos. Porém, após sua moldagem, os pais descobriram como é bom interagir com seus filhos.

Assim, com a separação dos pais, o pai não se conformava mais em apenas fornecer alimentos ao seu filho e visitá-lo periodicamente, exigiam uma maior acessibilidade e isso foi motivo de muita disputa após o término dos relacionamentos.<sup>551</sup> Os pais iniciaram uma luta pelos seus direitos de conviver com seus filhos após o rompimento de relações, ansiavam não serem mais reféns do poder materno, e também poderem fazer parte ativamente da vida de seus filhos.

A primeira inovação quanto ao direito exigido pelos homens, ocorreu em 2008, com a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que trouxe um novo modelo de guarda, a compartilhada. Essa Lei fez com que a ideia de guarda individual fosse sendo deixada para trás e, cada vez mais, a guarda por ambos os pais fosse adotada. Isso atribuía, segundo a autora Maria Berenice Dias: “[...] a responsabilização conjunta e o exercício igualitário dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental.”<sup>552</sup>

Segundo a autora Maria Berenice Dias:

O modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menor traumas, ela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores. Determinou a atribuição da guarda a quem revelasse melhores condições para atendê-la, dispondo o não guardião do

---

550 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 519.

551 DIAS, Maria Berenice. loc. cit.

552 Ibid., p. 520.

direito de visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e a educação. A mudança foi significativa.<sup>553</sup>

Outra inovação trazida pela legislação em relação à guarda compartilhada foi a lei nº 13.058, que entrou em vigor dia 22 de dezembro de 2014, que alterou alguns artigos do Código Civil, estabeleceu o conceito de guarda compartilhada e dispôs sobre sua aplicação.

O novo modelo de guarda, o qual prioriza a convivência dos filhos com ambos os pais após o término do relacionamento, foi considerado um grande avanço na esfera jurídica, pois concedeu aos pais mais direitos e mais convívio com seus filhos. Quando a guarda era atribuída a apenas um dos cônjuges, o outro não possuía direito de fiscalizar como o filho estava sendo mantido e educado, apenas tinha o direito de visitá-lo. O novo modelo atribui a guarda a ambos os genitores, sendo dever deles zelar pela manutenção e educação da prole.

A Lei da Igualdade Parental (Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014), foi criada para esclarecer o significado de guarda compartilhada e para definir como ela será exercida, fazendo algumas alterações no Código Civil de 2002. Como exemplo disso, cita-se o artigo 2º dessa Lei<sup>554</sup>, o qual alterou a redação do artigo 1.583, §2º do Código Civil, o qual estabeleceu a guarda alternada, dividindo-se o período de convivência dos pais com seus filhos de uma forma equilibrada. Quem estava privado dessa convivência teve grandes motivos para celebrar, porém quem detinha a guarda exclusiva entrou em desespero. As pessoas que são contra a alternância alegam que isso desestabiliza a vida dos filhos, pois eles não possuem uma referência de moradia.<sup>555</sup>

A proteção dos filhos é direito primordial deles, e é direito e dever dos pais zelarem por ela. A criança tem o direito de conviver com ambos os pais e não é obrigada a fazer uma escolha entre eles, pois isso poderá carregá-la emocionalmente e culpá-la por isso. O juiz tem o dever de oferecer a possibilidade da criança ser ouvida, quando for necessário

---

<sup>553</sup> DIAS, Maria Berenice. loc. cit.

<sup>554</sup> Artigo 2º, da Lei nº 13.058 de 2014. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 1.583; § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

<sup>555</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 521.

para a preservação de seu interesse, sem fazer com que ela tenha que tomar uma decisão ou escolha, que irá prejudicá-la.<sup>556</sup>

O estado de família é indisponível, ou seja, mesmo depois da separação de seus membros, o elo que possuem se perpetua. Portanto, quando existem filhos, os vínculos afetivos de uma relação não terminam pelo simples rompimento, pois os direitos e deveres de ambos em relação aos seus filhos serão mantidos para sempre. Quando os pais resolvem se separar e residir em lugares diferentes, devem zelar pela convivência de ambos com seus filhos, optando pela forma mais benéfica e equilibrada para que isso ocorra. Importante ressaltar que, mesmo em caso de divórcio consensual, os cônjuges devem fazer constar a decisão quanto à guarda e a visitação, conforme o artigo 1.121, II, do Código de Processo Civil.<sup>557</sup>

Segundo os ensinamentos da autora Maria Berenice Dias:

Falar em guarda de filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. Porém, o rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade de convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo consequências desse desenlace. Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação, pois perdem a estrutura familiar que lhes assegura melhor desenvolvimento psíquico, físico e emocional.<sup>559</sup>

Assim sendo, os genitores não devem agir de tal forma a causar no filho um sentimento de objeto de disputa e vingança. Devem preservar o convívio de ambos com

---

556 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

557 Artigo 1.121, do Código de Processo Civil. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial, se houver, conterá: II – o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas.

558 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 521.

559 DIAS, Lenida Pacheco Lemos; WALLERSTEIN, Judith S. e BLAKESLEE, Sandra. *apud* Ibid., p. 521/522.

os menores, e minimizar o quanto puderem a dor inevitável que sentem devido ao rompimento da relação de seus genitores.

Mesmo que a guarda tenha sido desvinculada do sentimento de posse de seu detentor, ela ainda identifica quem tem o filho em sua companhia. Porém, isso não quer dizer que somente porque o filho reside com um dos pais é que o outro perdeu a guarda, muito pelo contrário, ambos continuam detentores do poder familiar, o que ocorre é apenas uma divisão de um dos componentes da autoridade parental.

A guarda engloba diversos deveres que os pais possuem em relação aos seus filhos, eles devem contribuir de variadas formas para que os menores construam uma personalidade idônea para os atos da vida pessoal e profissional. A guarda pode ser entendida como um poder-dever dos guardiões que a detenham, consistindo numa ampla assistência para a formação da criança e do adolescente, a qual perdura até a cessação da menoridade, ou enquanto persista alguma incapacidade.

O autor Waldyr Grisard Filho, citando o autor De Plácido e Silva, diz que:

O vocábulo guarda é derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração. A guarda é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.<sup>560</sup>

Para a definição da guarda o que se leva em conta é a vontade dos genitores. Verificando-se que o pai ou a mãe não possuem condições de ficar com o filho, o juiz pode atribuir a guarda a outra pessoa, respeitando o grau de parentesco, a afinidade e a afetividade, conforme o artigo 1.584, §5º do Código Civil<sup>561</sup>. Do direito à visitação do filho que o pai não é guardião, respeita-se o que foi acordado entre os genitores, conforme o

---

560 DE PLÁCIDO E SILVA. *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. loc. cit.

561 Artigo 1.584, do Código Civil. 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 a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

artigo 1.589 do Código Civil<sup>562</sup>. Esse acordo entre os pais deve possuir uma chancela judicial, que só poderá ocorrer após o Ministério Público ser ouvido.<sup>563</sup>

A guarda faz parte do poder familiar, conforme o artigo 1.634, II, do Código Civil que diz: “Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores: [...] II- tê-los em sua companhia e guarda”. É um encargo que está dentro desse poder, o qual é exercido por ambos os pais em relação aos seus filhos menores, se aqueles estiverem em um relacionamento, seja casamento, união estável, entre outros.

Devemos entender que a guarda é apenas da natureza do poder familiar, um não exclui o outro, e segundo o autor Waldyr Grisard Filho:

[...] a guarda não é da essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviver pacificamente, ou seja, a primeira (a guarda) não exclui o segundo (o poder familiar). A guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior grau de independência, possui desdobramentos próprios.<sup>564</sup>

A guarda é a responsabilidade de ambos os pais, dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Ela se individualiza quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. No caso do exercício por apenas um dos pais, a guarda é unilateral, quando é exercida por ambos, a guarda é compartilhada. No Estatuto da Criança e do Adolescente o conceito de guarda é diferenciado, pois quando há a perda do poder familiar dos pais, ela surge como modalidade de família substituta, junto com a tutela e a adoção, podendo ser atribuída a terceiro.<sup>565</sup>

Cabe ao juiz mostrar as vantagens da guarda compartilhada, conforme o artigo 1.583, §1º do Código Civil<sup>566</sup>, pois os genitores, após o rompimento da relação,

---

<sup>562</sup> Artigo 1.589, do Código Civil. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

<sup>563</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 523.

<sup>564</sup> GRISARD FILHO, Waldyr, op. cit., p. 68.

<sup>565</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

<sup>566</sup> Artigo 1.583, do Código Civil. A guarda será unilateral ou compartilhada. §1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda

encontram-se frágeis e instáveis emocionalmente, afetados pelos conflitos, os quais acabam afetando os filhos.

A guarda não é uma decisão definitiva, que não pode sofrer alterações, pelo contrário, ela admite revisões, sempre visando o melhor interesse da criança, com base no princípio *rebus sic stantibus* (retornar as coisas como eram antes), não havendo coisa julgada.<sup>567</sup>

Portanto, se a guarda aplicada a determinada família não esteja sendo proveitosa para todos, pode e deve ser revista, recorrendo-se ao Judiciário para solucionar o problema.

### 3.2 PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS

O “direito de guarda” sobre os filhos era divulgado como absoluto pela jurisprudência até o século passado, com base no pátrio poder do direito romano, não existindo nenhum ou quase nenhum apontamento sobre o melhor interesse da criança. Contudo, com o passar do tempo, essa característica que predominava o “direito de guarda” foi perdendo sua potência, sofreu revisão em seu conceito e passou a ser controlado pelo Estado, visando o melhor interesse do menor.<sup>568</sup>

O novo Código Civil, após disciplinar a separação judicial e o divórcio, dedicou um capítulo inteiro somente sobre a proteção da pessoa dos filhos (art. 1.583 a 1.590<sup>569</sup>).

---

compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

567 GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família, vol. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273.

568 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

569 Artigo 1.583, do Código Civil. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada,

Quando ocorrer as hipóteses de separação ou divórcio consensuais, os cônjuges poderão acordar sobre a guarda e visitação dos filhos, porém o juiz possui todo o direito de, em caso de desrespeito aos interesses dos menores e dos maiores inválidos, recusar a homologação do acordo.<sup>570</sup>

A Constituição Federal de 88 deu importância primordial e trouxe diversos direitos à criança e ao adolescente, nos termos do artigo 227<sup>571</sup>, sendo dever da família, do Estado

poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais. Art. 1.587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586. Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente. Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

570 GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, vol. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 271.

571 Artigo 227, da Constituição Federal. 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



e da sociedade preservar esses direitos estabelecidos na Carta Magna. A autora Patrícia Pimentel de Chambers Ramo, leciona sobre o assunto, dizendo:

[...] com a vigência da Constituição Federal de 1988, a tutela da dignidade, e o princípio que garante a integral proteção às crianças e adolescentes ganharam especial destaque. [...] a criança e o adolescente são sujeitos de direito com prioridade em relação aos demais. Os seus interesses estão acima dos interesses dos pais. É necessário verificar qual situação melhor atenderá ao bem estar da criança e do adolescente.<sup>572</sup>

Esse princípio trazido pela Constituição Federal, foi de suma importância para uma visão protetora concebida à criança e ao adolescente, pois eles devem ser o centro da atenção durante os conflitos gerados pela separação dos genitores, na decisão de quem será o detentor da sua guarda. No Estatuto da Criança e do Adolescente, esse princípio também está presente, disciplinado no artigo 18 e artigo 157.<sup>573</sup>

O artigo 10, da Lei do Divórcio, que fora citado anteriormente, não mais se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, pois a culpa dos cônjuges não interfere na guarda dos filhos. Portanto, quando na realização do divórcio ou separação judicial, os pais forem omissos quanto à guarda de seus filhos, decidirá o juiz, baseado no melhor interesse do filho, pelo genitor que possuir melhores condições de exercê-la.<sup>574</sup> Segundo o autor Carlos Roberto Gonçalves:

A regra inovadora amolda-se ao princípio do “melhor interesse da criança”, identificado como direito fundamental na Constituição

---

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.

<sup>572</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o Enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 64-65.

<sup>573</sup> Artigo 18, do Estatuto da Criança e do Adolescente. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Artigo 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

<sup>574</sup> GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, vol. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 271.

Federal (art. 5.º, §2º), em razão da ratificação pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/89.575

Conclui-se então que, atualmente, não importa quem deu causa à separação, ou seja, o cônjuge culpado e o inocente, para que a guarda seja concedida a um deles, importará somente quem possuir melhores condições de exercê-la.

A Convenção Internacional citada anteriormente, aprovada por unanimidade na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, estabelece parâmetros de orientação e atuação política de seus Estados-Parte para a realização dos princípios nela contidos, visando ao desenvolvimento individual e social saudável da infância, tendo em vista ser este o período fundamental da formação do caráter e da personalidade humana.<sup>576</sup> Nessa Convenção, nosso país comprometeu-se, segundo o autor Waldyr Grisard Filho:

[...] a envidar seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e o desenvolvimento dos filhos, como preocupação fundamental, visando o interesse maior da criança, e aos filhos o direito de conhecer seus pais e ser cuidados por eles.<sup>577</sup>

Geralmente o rompimento de uma relação vem acompanhado de agressões verbais, sentimentos ruins, que criam uma atmosfera desagradável para os envolvidos. As crianças precisam de apoio e carinho por parte de seus pais e não devem ser ignoradas, pois são elas que mais sofrem quando ocorre a separação de seus pais. Os pais devem explicar, da melhor maneira, aos filhos a situação em que se encontram, pois eles inevitavelmente conseguem sentir o clima ruim, conseguem perceber os comportamentos dos adultos. O menor que está nessa situação possui um turbilhão de sentimentos ruins consigo, e pode até acabar se sentindo culpado pela situação, por isso é que merece sinceridade e o conhecimento sobre a decisão tomada. O sofrimento será inevitável, mas

---

575 GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família, vol. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 271.

576 CONSELHOS de direitos temáticos: curso de direitos humanos – Módulo III. **DH NET.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/3/crianca/marco.htm>>. Acesso em: 27 set. 2015.

577 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 165.

com o apoio e carinho dos pais, a criança entende que, mesmo havendo mudança em sua rotina, não deixará de receber amor, respeito, carinho e atenção por seus pais.<sup>578</sup>

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal tem entendido da seguinte maneira:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AVIAMENTO PELO GENITOR. DISSENSO SOBRE A GUARDA DA FILHA MENOR. GUARDA PROVISÓRIA. OUTORGA AO PAI. PRESERVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FATO. INTERESSES DA INFANTE. RESGUARDO. GENITORA. CONDIÇÕES DE ASSUMIR O ENCARGO DE GUARDIÃ. LAUDO TÉCNICO. DESACONSELHAMENTO. 1. Sobejando indícios, e não meras alegações desprovidas de ressonância material, de que a genitora não ostenta equilíbrio econômico e postura conforme com os deveres, obrigações condizentes com a qualidade de mãe, a outorga da guarda provisória da filha menor ao pai consubstancia imperativo legal destinado a resguardar os interesses e direitos da infante, assegurando-se eficácia à proteção integral que lhe é resguardada pelos legisladores constitucional e ordinário (CF, art. 227; e ECA, arts. 18 e 157). 2. A colisão estabelecida entre os direitos e interesses resguardados à genitora e os conferidos à filha menor é resolvida mediante a aplicação do princípio da preponderância, resultando na prevalência do direito que assiste à criança de ter sua integridade e higidez psicológica preservadas, relegado o direito inerente ao poder familiar conferida à mãe para nível subalterno como forma de ser conferida eficácia máxima à proteção integral legalmente apregoada. 3. Induzindo o acervo probatório já amealhado à apreensão de que a medida que consulta com o melhor interesse da criança é sua conservação momentânea sob a guarda do pai e que o direito de visita que assiste à genitora seja consumado de forma ponderada, notadamente em face da postura que assumira a mãe junto à filha com o escopo de afetar a afetividade que nutre pelo pai, deve ser preservada a solução temporária assim construída

---

<sup>578</sup> Psicóloga Regina. **Quando os pais se separam. Como ficam as crianças?** Disponível em: <<http://www.psicologaregina.com.br/quando-os-pais-se-separam-como-ficam-as-criancas/>>. Acesso em: 27 set. 2015.

até que a instrução seja concluída e clarificados os fatos debatidos.  
3. Agravo conhecido e desprovido. Unânime.579

Por isso, em casos de separação dos genitores, o que deve prevalecer sempre é o interesse dos filhos, não importando mais quem deu causa ao rompimento, sempre respeitando o princípio do melhor interesse da criança, colocando-a em primeiro plano e fazendo com que seu sofrimento seja minimizado o tanto quanto possível.

Durante o casamento, a tomada de decisão de um dos pais em relação aos seus filhos é presumidamente aceita pelo outro. O problema ocorre quando há a separação, pois há a ruptura dos deveres dos pais e as decisões por eles tomadas, passando a ser tomadas unilateralmente. Segundo o autor Grisard Filho:

[...] nota-se que o conflito conjugal, inevitavelmente, atinge os filhos, objeto de disputa pelos pais. Para minorar os efeitos danosos que provoca, com a divisão das atribuições, já que os filhos não podem partir-se salomonicamente, os pais terão de limitar suas pretensões, repartindo o tempo, as atitudes, as atenções, os cuidados, pois os filhos seguem sendo filhos e os pais sendo pais; portanto, a família segue existindo como antes, alquebrada mas não destruída. A família existe de outra maneira e nessa nova situação tem que seguir cumprindo com seu bem comum familiar: transmissão de valores para o desenvolvimento dos filhos.580

A família não se acaba após a separação dos cônjuges, e como os filhos não podem ser repartidos na metade, os pais devem encontrar um equilíbrio entre suas obrigações, repartindo-as igualmente, para que o filho não sofra consequências graves devido ao rompimento.

O interesse dos filhos constitui critério básico e determinante para a atribuição da guarda. Esse princípio norteador, muito utilizado nos textos legais, na doutrina e jurisprudência, ainda não está conceituado legalmente. Tentar defini-lo é tarefa inútil, pois o juiz que o utilizará, deverá examinar cada caso concreto e segundo o autor Waldyr Grisard

---

579 BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento nº 20140020235710** Relator(a): TEOFILO CAETANO, Primeira Câmara Cível, julgado em 03/12/2014. Disponível em: <<http://www.tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162131655/agravo-de-instrumento-agi-20140020235710-df-0023742-9720148070000>>. Acesso em: 20 set. 2015.

580 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72/73.

Filho: “[...] determinar a partir dos elementos objetivos e subjetivos qual é, verdadeiramente, o interesse de determinado menor em determinada situação de fato.”<sup>581</sup>

O autor Waldyr Grisard Filho cita o autor Eduardo de Oliveira Leite e diz que:

A jurisprudência tem permitido precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança a um de seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o “interesse do menor”.<sup>582</sup>

Os elementos citados acima são considerados norteadores para a decisão judicial sobre cada caso concreto, pois o juiz, antes de tomar sua decisão, deve fazer um estudo aprofundado sobre a vida da criança, analisando todos os elementos necessários para que a sua decisão não prejudique o menor e seja a mais justa possível.

### 3.3 MODELOS DE GUARDA

Existem diversos modelos de guarda, os quais possuem diversas origens e fins, todos eles são reconhecidos pela doutrina mas nem todos derivam de lei ou decisão judicial, como será abordado em seguida.

O primeiro modelo a ser abordado é a guarda comum, ela é aquela que ocorre durante a constância do casamento, onde os cônjuges possuem obrigações idênticas em relação a prole, as quais decorrem do poder familiar. É a convivência diária entre pais e filhos. A origem dessa modalidade não decorre da lei e nem do Poder Judiciário, pelo contrário, tem origem natural da paternidade e maternidade. Em casos de ruptura das relações, os genitores deverão dividir igualmente suas funções, segundo a ideia de

---

<sup>581</sup> Ibid., p. 75/76

<sup>582</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *apud* ibid., p. 76.

compartilhamento.<sup>583</sup> O exercício dessa modalidade de guarda é atribuído conjuntamente aos pais, que residem sob o mesmo teto, e segundo o autor Waldyr Grisard Filho:

É a chamada guarda comum, consistente na convivência e comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada assim ao poder familiar, não corresponde aos pais por concessão do Estado ou da lei, senão preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício.<sup>584</sup>

Portanto, a guarda comum caracteriza-se pela convivência diária de ambos os pais com seus filhos. Ocorre quando os genitores residem no mesmo lar com a prole, exercendo conjuntamente todos os poderes e deveres inerentes à esse instituto.

O segundo modelo é o da guarda originária e a derivada, a guarda originária é aquela atribuída e exercida pelos pais, nos ensinamentos do autor Grisard Filho:

[...] que corresponde aos pais, tal como mencionado acima, integrada no poder familiar, como um direito-dever de plena convivência com o menor, e vice-versa, que possibilita o exercício de todas as funções parentais, como a educação, a assistência, a vigilância, a correção, a representação. Sua origem, sendo natural, é originária dos pais.<sup>585</sup>

Já a guarda derivada é aquela que deriva da lei e diz respeito à quem exerça a tutela do menor, conforme os artigos 1.729 a 1.734, do Código Civil<sup>586</sup>.

---

583 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84/85.

584 Ibid., p. 85.

585 GRISARD FILHO, Waldyr. loc. cit.

586 Artigo 1.724, do Código Civil. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar. Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar. Art. 1.731. Em falta de

O terceiro modelo é a guarda de fato, que é aquela originada do fato e que se estabelece por livre decisão de uma pessoa, ela não é baseada em nenhuma lei ou decisão judicial, porém depois de estabelecida só poderá ser desfeita com base em decisão judicial, sempre em prol do menor. Segundo o autor Waldyr Grisard Filho, a guarda de fato:

É aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação. Desmembrada mas não delegada, uma vez que inexistente controle nem avaliação tanto sobre o guardião como sobre o menor.<sup>587</sup>

O quarto modelo diz respeito à guarda provisória e também a guarda definitiva, a primeira delas é aquela que é concedida a um dos genitores enquanto os processos de separação ou divórcio encontram-se pendentes, a fim de organizar a vida familiar. Segundo o autor Grisard Filho esse modelo:

[...] trata-se, obviamente, de uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva,

---

tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor. Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor: I - na falta de tutor testamentário ou legítimo; II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela; III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário. Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor. § 1º No caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento. § 2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela. Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

587 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86.

após o exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto.<sup>589</sup>

Portanto, a guarda provisória é aquela atribuída a um dos genitores enquanto a sentença da separação ou do divórcio não existir, após a existência da sentença, a guarda passa a ser definitiva, atribuindo a guarda ao genitor que demonstrar mais benefícios à criança.

O outro modelo existente é da guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários, esse modelo só ocorrerá, segundo o artigo 1.584, §5º, do Código Civil<sup>590</sup>, em situações extremas, avaliando-se a situação do pai e da mãe e verificando-se a impossibilidade da continuidade do exercício da guarda por eles, o juiz, visando o bem do menor, mandará entregá-lo a terceira pessoa, parente ou não, que se releve apto a natureza da medida. Conforme o artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>591</sup>, o guardião encarregado para cuidar do menor, terá que prestar a ele assistência moral, material e educacional, e também poderá opor-se a terceiros (incluindo os pais). Segundo o autor Grisard Filho:

Não existindo parentes nem estranhos ao menor que aceitem o encargo, a criança será colocada em instituição governamental ou não, conforme o art. 30 do ECA, como solução última à sua guarda,

---

589 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86.

590 Artigo 1.584, do Código Civil. 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 a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

591 Artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.



cumprindo o Estado seu dever de assegurar ao menor os direitos fundamentais insculpidos no art. 227 da Carta Magna.<sup>592</sup>

Já a guarda para fins previdenciários é aquela onde o menor usufrui dos benefícios previdenciários do seu guardião. Muitos autores consideram errada essa perspectiva, como se a finalidade dessa guarda fosse apenas o aproveitamento pelo menor dos benefícios previdenciários do guardião, entendem eles que isso seria apenas uma consequência da guarda, conforme entendimentos da autora Ana Maria Moreira Marchesa.<sup>593</sup>

Outro modelo existente é o da guarda jurídica e da guarda material. Quando da ocorrência da separação ou do divórcio dos cônjuges, a sociedade parental, os direitos e deveres dos genitores continuam existindo. Mesmo isso ocorrendo, a guarda acaba se desdobrando e apenas um dos genitores fica com esse direito e outro com o direito de visita. Segundo o autor Grisard Filho:

Aquele dos genitores a quem é atribuída a guarda, como observa Orlando Gomes, tem-na não apenas a material, mas também a jurídica. A primeira consiste em ter o filho em sua companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. A segunda implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele, cabendo ao outro o direito de fiscalizar as deliberações tomadas pelo genitor a quem a guarda foi atribuída.<sup>594</sup>

Portanto, a guarda material é aquela realizada diariamente pelo genitor que vive sob o mesmo teto com o menor, exercendo o poder familiar em toda sua extensão, já a guarda jurídica é aquela exercida a distância pelo genitor que não convive com o menor, ficando privado de alguns poderes.

Existe também a guarda alternada, que é aquela atribuída aos dois genitores, onde a criança mora, por um período de tempo alternado, com cada um deles. Assim, não existe a divisão dos direitos e obrigações dos pais, pois cada um exerce, no período que o menor está morando com ele, a totalidade desses direitos-deveres. Segundo o autor Grisard Filho:

---

592 GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p. 89.

593 MARCHESA, A. M. M. **Colocação em família substituta: aspectos controvertidos**. RT 689/297. São Paulo: Ed. RT, mar. 1993.

594 GOMES, Orlando. *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90

“esse modelo opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança”.

Outra forma de guarda é o aninhamento ou nidação, diferentemente do que ocorre com o modelo anterior, da guarda alternada, nesse instituto são os pais que revezam de casas, alternando os períodos de convivência com os filhos. Segundo o entendimento do autor Grisard Filho: “Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais onde o filho recepciona, alternadamente, os pais de tempos em tempos.”<sup>595</sup>

O último modelo de guarda é o da guarda compartilhada, que pode ser jurídica ou material. A guarda compartilhada jurídica ocorre quando os genitores dividem igualmente suas responsabilidades quanto ao filho menor. Os filhos menores recebem, por meio de uma decisão judicial, o direito de receber de ambos os pais tratamento igualitário quanto à responsabilidade que estes possuem.

Segundo o autor Grisard Filho: “Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.”<sup>596</sup> Assim, a guarda compartilhada material é uma consequência da jurídica, pois é através desta que aquela é regularizada, ou seja, é nela que os pais acordam sobre as visitas ao filho e dividem o tempo de convivência com ele.

### 3.4 A GUARDA COMPARTILHADA

#### 3.4.1 Noção de guarda compartilhada

Inicia-se nesse subtítulo a discussão sobre o tema do novo modelo inserido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 11.698/2008, de 24 de julho de 2008; e também pela mais recente Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que tratam da Guarda Compartilhada.

Atualmente o número de rupturas de relacionamentos ocorre frequentemente e ela dá ensejo à questão da guarda dos filhos dos pais que não mais convivem. As perguntas

---

<sup>595</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

<sup>596</sup> Ibid., p. 92.

que surgem quanto à guarda dos menores são: Com quem o filho ficará? Quem está mais apto para exercê-la?

O autor Waldyr Grisard Filho, fazendo uma consideração de extrema importância para a valorização da paternidade, e da continuidade do convívio dos filhos com seus pais, disse:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.<sup>597</sup>

Dentre os diferentes meios de exercício da guarda, surge esse modelo, o qual veio questionar a guarda unilateral, que é o modelo aceito, sem controvérsias, pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência. Os genitores, cada vez mais, pleiteiam seus direitos de compartilhamento da criação e educação de seus filhos. Por isso esse modelo visa estabelecer uma equidade entre os genitores quanto às decisões tomadas que dizem respeito aos filhos. Outro aspecto preservado por esse modelo é o direito de continuidade, ou seja, o filho, após a separação de seus pais, não deve perder seu direito de conviver com eles.

A autora Maria Berenice Dias, baseada nos ensinamentos da autora Maria Antonieta Pisano Motta, diz que:

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo com ambos os genitores, acaba havendo uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão de encargos. O maior conhecimento do dinamismo das relações

---

<sup>597</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 132.

familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade. Garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.<sup>598</sup>

Quando há o rompimento das relações entre os pais, também ocorre o rompimento das obrigações deles com a prole. Então, eles devem redefinir seus papéis, dividir seus encargos, cumprindo os requisitos da guarda compartilhada, a qual é importante para aproximar fisicamente ambos os genitores de seus filhos, permanecendo vinculados à eles.

Com o passar do tempo, a guarda sofreu diversas alterações, inicialmente a lei concedia a guarda exclusiva ao pai, depois passou a conceder à mãe. Na common law, o pai era reconhecido como o único responsável por seu filho, encarregado de sua manutenção e educação. A prole era considerada propriedade do pai, e as decisões eram baseadas em uma realidade econômica, ou seja, os homens é que possuíam melhores condições de sustentar seus filhos.<sup>599</sup>

A Revolução Industrial acabou com essa preferência, pois devido ao êxodo rural, que levou os homens para os centros urbanos, exercendo uma longa jornada de trabalho em fábricas e oficinas, a mulher tornou-se encarregada da criação e educação dos filhos. O homem começou a desapegar-se do convívio diário que tinha com a prole e aceitar que esse papel não era mais dele e sim da mulher. Isso ocorreu até a segunda metade do século passado, quando a mulher ganhou espaço no mercado de trabalho e conquistou sua independência, e novamente alterou-se a perspectiva da educação e criação do menor, passando o homem a assumir responsabilidades no lar e participando ativamente na vida dos filhos.<sup>600</sup>

---

598 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 525.

599 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129.

600 *Ibid.*, p. 130.

Segundo o autor Waldyr Grisard Filho:

Nesse novo contexto, os arranjos que bem definiam o pai provedor e mãe dona de casa não funcionavam bem, pois desestimulavam aquele de exercer um papel parental ativo e sobrecarregavam esta com as exigências do dever de cuidar dos filhos. As falhas que os sistemas apresentavam, o movimento feminista, a facilitação ao divórcio, a aceitação da união estável, levavam a constatação sobre os efeitos benéficos do envolvimento do pai na criação dos filhos, abrindo uma nova era nos arranjos de guarda e visita.<sup>601</sup>

A perspectiva anterior, era desequilibrada, pois retirava a possibilidade do pai de exercer um papel ativo na criação da prole e por outro lado sobrecarregava a mãe nas atividades do lar, criação e educação dos filhos. Diversos acontecimentos serviram para que o homem fosse inserido novamente na criação diária de seus filhos.

Desse modo, os Tribunais criaram uma maneira de não atribuir a autoridade parental a um só dos genitores, fazendo com que os dois pudessem interferir ativamente na vida do menor. Também deram proteção ao menor, que são vítimas das drásticas decisões tomadas por seus genitores, priorizando o interesse maior da criança.

No direito comparado, especialmente, no inglês, no francês, no americano e no canadense, é que encontra-se as bases fundamentais sobre a guarda compartilhada. A guarda compartilhada nasceu há pouco mais de vinte anos na Inglaterra, depois foi implantada na Europa e aí que veio para a América.<sup>602</sup>

No século XIX, na Inglaterra, o parlamento inglês retirou a ideia de propriedade do pai sobre sua prole, deixando ele de ser o único capaz de ficar com a guarda após a separação. Com essa decisão, a exclusividade de um genitor em relação ao filho foi transferida ao outro. Se antes o pai era quem ficava com a guarda e a mãe era injustiçada, com essa decisão os papéis se inverteram.<sup>603</sup> O autor Grisard Filho cita os autores Hughes Fulchiron e Eduardo Oliveira Leite, dizendo:

---

601 GRISARD FILHO, Waldyr. loc. cit.

602 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 138/139.

603 Ibid., p. 139.

Para minorar os efeitos da perda do direito de guarda exclusiva, os Tribunais começaram a expedir uma ordem de fracionamento split order (dividir, romper, repartir, separar, em inglês) do exercício desse direito entre ambos os genitores, “primeiro, convencidos que o interesse maior da criança fica plenamente garantido e, segundo, porque a participação comum dos genitores tende, de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que, quase sempre, acompanham a ruptura e, de outro, favorecem a criança, pois, apesar da ruptura, vê ambos os genitores envolvidos com seu destino”.<sup>604</sup>

Importante destacar aqui uma passagem do autor Waldyr Grisard Filho, citando o autor Eduardo de Oliveira Leite, sobre as decisões tomadas no direito inglês, as quais foram fundamentais para que esse novo modelo fosse adotado pelo direito de outros países:

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d’Appel* da Inglaterra, na decisão Jussa x Jussa, reconheceu o valor da guarda conjunta, uando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980, a *Court d’Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper x Dipper, o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.<sup>605</sup>

Graças à essas famosas decisões do direito inglês é que esse modelo pôde ser expandido a outros lugares do mundo, chegando ao nosso país algum tempo mais tarde. Com a influência dessas legislações mais avançadas, é que o direito brasileiro, inspirado na divisão da autoridade parental e no melhor interesse do menor, esforçou-se para criar uma nova fórmula de guarda, a qual se encaixasse com a realidade cotidiana das famílias desmembradas e que respeitasse os princípios constitucionais da dignidade humana e da paternidade responsável. Nessa perspectiva, o autor Waldyr Grisard Filho ensina:

---

604 LEITE, Eduardo de Oliveira. *apud* GRISARD FILHO, loc. cit.

605 LEITE, Eduardo de Oliveira. *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 140.

Seguindo a trilha aberta pelos diplomas internacionais e pela legislação alienígena mais avançada, o direito brasileiro igualmente elegeu o interesse do menor como fundamental para reduzir os efeitos patológicos que o impacto negativo das situações familiares conflitivas provoca na formação da criança.<sup>606</sup>

Em 1986, iniciou-se o primeiro estudo sobre a licitude da guarda compartilhada, esse estudo envolvia profissionais de diversas áreas, como do direito, da educação, da psicologia, da medicina e entre outras. Esse estudo foi realizado no Rio Grande do Sul e quem publicou o primeiro estudo sobre o tema foi o juiz de direito que hoje é desembargador aposentado pelo TJRS, Sérgio Gisckow Pereira.<sup>607</sup>

Esse modelo não era, naquela época, comumente utilizado na prática e nem era reconhecido normativamente, porém mostrava-se lícito e possível de ser utilizado para uma garantia de igualdade entre os genitores na condução de seus filhos.

Dessa forma, os tribunais, visando o melhor interesse da criança e respeitando a igualdade existente entre o homem e a mulher, começaram a propor acordos de guarda conjunta, como possibilidade de continuidade de convivência dos filhos com seus pais após a separação destes. Segundo o autor Waldyr Grisard Filho:

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância do casamento.<sup>608</sup>

A decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é um ótimo exemplo de decisões que apoiam o modelo de guarda compartilhada:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES DE GUARDA PROPOSTAS POR AMBOS OS GENITORES EM DESFAVOR DO OUTRO. PAIS QUE APRESENTAM IGUAIS CONDIÇÕES PARA DETER A GUARDA DO INFANTE. GUARDA

---

<sup>606</sup> Ibid., p. 162.

<sup>607</sup> Ibid., p. 163.

<sup>608</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130/131.

UNILATERAL DESACONSELHADA. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. IMPLÇÃO, DE OFÍCIO, DA GUARDA COMPARTILHADA. PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. I - Para definição da guarda, deve-se atender precipuamente aos interesses e às necessidades da criança, de ordem afetiva, social, cultural e econômica. II - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda do infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. III - Assim, diante do conjunto de evidências, considerando-se o efeito translativo que se agrega ao presente recurso, ao devolver o conhecimento de toda matéria objeto da controvérsia para este Tribunal, de ofício, deve ser estabelecida a guarda compartilhada do menor em favor dos genitores, tendo-se como irrefutável que ambos têm interesse e condições de bem desempenhar esse elevado mister intrínseco ao poder familiar. IV - A guarda unilateral ou exclusiva é medida a ser tomada apenas em situações excepcionais, em sintonia direta com os interesses do menor, situação em concreto não vislumbrada na hipótese em exame.<sup>609</sup>

Geralmente os genitores desejam continuar exercendo a autoridade parental que realizavam durante a constância do relacionamento, portanto a guarda compartilhada é benéfica a eles, pois mesmo separados fisicamente de seus filhos, podem continuar exercendo suas funções parentais.

O autor Waldyr Grisard Filho, transcreveu a ideia do psicanalista Sérgio Eduardo Nick:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores ('joint custody', em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente

---

609 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 171956** Relator(a): JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, Primeira Câmara Cível, julgado em 26/08/2011. Disponível em: <<http://www.tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20566178/apelacao-civel-ac-171956-sc-201117195-6>>. Acesso em: 20 set. 2015.



têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês).<sup>610</sup>

Mesmo antes de ser inserida na legislação, a guarda compartilhada já era admitida por alguns magistrados e também reconhecida pela doutrina. Atualmente, esse modelo está inserido no texto legal, conforme o artigo 1.583, §1º do Código Civil<sup>611</sup>. As famílias desmembradas devem dar preferências a esse modelo, o qual exige para sua aplicabilidade uma superação dos ressentimentos dos cônjuges, os quais devem pautar-se para que o melhor interesse do menor seja atendido. A legislação também optou por essa forma de guarda, pois é a segurança de que ambos os pais estarão convivendo com seus filhos, acompanhando e colaborando para o crescimento deles.

A guarda compartilhada pode ser determinada por consenso ou por determinação judicial. O juiz, ao constatar que ambos os genitores estão aptos a cuidar do menor, deve determinar a guarda compartilhada. Mesmo que anteriormente tenha sido definida a guarda unilateral, os pais tem o direito de pleitear a alteração para a guarda conjunta.<sup>612</sup>

O Código Civil de 2002, preocupado com as transformações sociais ocorridas ao longo do tempo e também com as famílias modernas, trouxe para o texto legal o modelo de guarda compartilhada. Mesmo que tenha se baseado em alguns princípios dos textos legais precedentes, esse novo Código rompeu com a ideia de culpa dos cônjuges na separação e da guarda como posse. Segundo o autor Waldyr Grisard Filho:

Dessa maneira, a nova Lei incorporou ao ordenamento civil os universais princípios relevados pela evolução de todo o direito de família, e em especial o das crianças e dos adolescentes, ocorrida nos últimos anos, tanto no discurso legislativo como na prática social. No moderno direito de família a guarda, como expressão do poder familiar, é um dos deveres dos pais em relação a seus filhos, dentre

---

<sup>610</sup> NICK, Sérgio Eduardo. *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p. 131.

<sup>611</sup> Artigo 1.583, do Código Civil. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

<sup>612</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 526

as várias obrigações que lhes competem, não mais de um direito como no passado.<sup>613</sup>

A possibilidade jurídica do compartilhamento, encontra escopo na nossa Carta Magna, em seu artigo 229<sup>614</sup>, que diz que são obrigações dos pais o cuidado e zelo por seus filhos, mesmo residindo em lares diferentes.

Portanto, depois de abordada uma breve noção sobre esse novo modelo de guarda, fica mais fácil compreender o seu significado, como foi a sua inserção no direito brasileiro e quais os benefícios de sua aplicabilidade. Com o advento da guarda compartilhada, houve uma mudança de paradigma, ou seja, a guarda unilateral (pertence a um só dos genitores) deixou de ser a comumente escolhida nos acordos ou concedida por decisão judicial, pois somente atendia aos interesses dos genitores. Com a luta pela inserção de ambos os genitores na convivência e criação dos filhos, igualando-se na autoridade parental, as decisões passaram a ser mais pautadas no interesse do menor, e a guarda compartilhada tornou-se aplicável em nosso ordenamento jurídico.

#### 3.4.2 Consequências: as vantagens e desvantagens desse novo modelo

A legislação brasileira apoia amplamente esse novo modelo, porém ele ainda é pouco utilizado, não por inexistir possibilidade jurídica, mas sim porque a doutrina e jurisprudência sobre o tema ainda são escassas.

A separação ou divórcio faz com que os papéis parentais, os quais eram exercidos conjuntamente, sejam redistribuídos, o que afetará diretamente o filho, pois perderão a convivência com ambos os genitores. Surge então a possibilidade da aplicação desse modelo, que visa a continuidade do exercício comum da autoridade parental, conservando os laços afetivos, as obrigações e os direitos recíprocos.

Sendo optado esse modelo de guarda, primeiramente deve-se estabelecer a residência do menor. Diferentemente do que ocorre na guarda alternada, onde o filho muda de casa constantemente, acarretando uma instabilidade em sua mente, na guarda compartilhada define-se uma residência fixa. Segundo o autor Grisard Filho:

---

613 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 160.

614 Artigo 229, da Constituição Federal. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Durante a infância e a juventude, deve-se evitar grandes alterações na rotina de vida do menor, permanecendo inalterado e, conseqüentemente, em segurança tudo o que for imprescindível. Assim, o menor necessita contar com a estabilidade de um domicílio, um ponto de referência e centro de apoio para suas atividades no mundo exterior, enfim, de uma continuidade espacial (além da afetiva) e social, onde finque suas raízes físicas e sociais, com o qual sinta uma relação de interesse e onde desenvolva uma aprendizagem doméstica, diária, da vida.<sup>615</sup>

O menor não deve sofrer grandes alterações em seu cotidiano, sob pena de criar uma instabilidade em sua vida, trazendo confusões em sua mente e uma grande insegurança. Assim, é importante que seu lar seja fixo, para que possa crescer de uma forma saudável sem sofrer prejuízos. A autora e psicóloga Maria Antonieta diz que:

A nosso ver a modalidade de guarda compartilhada que melhor se aplica aos interesses da criança é aquela em os filhos têm uma residência principal, mas os pais têm a referida responsabilidade conjunta pela tomada de decisões importantes. Ela não deve ser confundida com a guarda alternada na qual são atribuídas a guarda física e a guarda legal, alternadamente a um e a outro dos pais, o que implica em que a criança passe dias da semana, meses ou anos morando com cada um dos pais.<sup>616</sup>

Cada caso revelará qual é o genitor que possui melhores condições para morar com o menor e o juiz decidirá com base nisso, não devendo ser sua decisão automática, invariável, pautada em tradicionalismos. O lugar onde o menor estabelecerá sua residência, é o mesmo em que os pais exercerão suas obrigações e também onde o genitor, que não mora com o menor, cumprirá seu dever de visita. Importante faz-se compreender que o genitor ou guardião que mora com o menor exerce a guarda material, física, imediata, porém a guarda jurídica é exercida por ambos.<sup>617</sup>

---

615 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 172/173.

616 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda compartilhada** – uma nova solução para novos tempos. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91006-mariaantonieta.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

617 GRISARD FILHO, Waldyr. op. cit. p. 173.

O compartilhamento não deve ser compreendido como uma exata divisão de papéis dos pais, onde eles tem que dividir igualmente o tempo passado com os filhos. Isso deve ocorrer de forma natural, mantendo um equilíbrio, onde o filho pode passar um período de tempo junto à sua mãe e outro junto ao seu pai, não tendo que ser preestabelecido, se tornando algo artificial e forçado. Segundo o pensamento da autora Maria Antonieta Pisano Motta:

A guarda compartilhada, como a entendemos, não significa uma exata divisão pela metade, do tempo passado com os filhos, ou um deslocamento das crianças entre as casas de seus genitores, ou qualquer outro esquema rígido de divisão igualitária de tempo de convivência.<sup>618</sup>

A principal missão que os pais possuem na vida de seus filhos é a formação deles. Portanto, no compartilhamento também devem ser levadas em conta as decisões sobre educação, compreendida de uma forma ampla, englobando não só a instrução como também o desenvolvimento de todas as capacidades físicas e psíquicas do menor.<sup>619</sup>

Esse dever de educar, está relacionado com a assistência, tanto moral como material. A assistência material não significa o pagamento de pensão ao filho, é muito mais que isso, ela exige que os genitores tomem decisões conjuntas em prol do menor e não que apenas um dos genitores pague pensão e o outro tome decisões.<sup>620</sup>

As consequências geradas pelo novo modelo também interferem no antigo esquema de visitas, pois no modelo utilizado anteriormente, as visitas eram realizadas pelo genitor que não residia com o menor, como uma forma de fiscalização, já na guarda compartilhada, esse problema deixa de existir, pois, em tese, os genitores participam diária e ativamente na vida e educação do menor.<sup>621</sup>

Em relação aos alimentos, a obrigação alimentar é de ambos os genitores, tanto na guarda compartilhada como em outros modelos de guarda. Os pais podem acordar

---

618 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda compartilhada** – uma nova solução para novos tempos. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91006-mariaantonieta.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

619 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

620 GRISARD FILHO, Waldyr. loc. cit.

621 Ibid., p. 176.

sobre quem ficará encarregado de contribuir com o sustento do filho, podendo ser um deles ou ambos. O autor Waldyr Grisard Filho, manifesta-se sobre o assunto dizendo: "A guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não-guardião ao cumprimento do dever de alimentos."<sup>622</sup>

Outra questão a ser observada é a responsabilidade civil dos pais por danos causados por seus filhos menores. Na guarda unilateral, o responsável seria o guardião que possui a guarda exclusiva do menor, já na guarda compartilhada a responsabilidade será atribuída a ambos os genitores, pois as decisões tomadas em relação à educação dos filhos são tomadas em comum.<sup>623</sup>

As vantagens trazidas por esse modelo já foram expostas nesse estudo, porém vale lembrar que além de contribuir para a continuidade da convivência entre pais e filhos, também assegura uma estabilidade para a vida do filho, ele não será prejudicado quanto à decisão de seus genitores, ou seja, não "perderá" um dos pais. Além disso, os genitores continuarão tendo participação ativa na sua criação e educação, mantendo a relação de afeto que existe entre pais e filhos.

Ambos os pais possuem a guarda jurídica do filho, possibilitando a igualdade parental entre eles. Por isso, as decisões em relação aos filhos devem ser tomadas em conjunto. Assim, segundo o autor Waldyr Grisard Filho: "Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas sociais e emocionais."<sup>624</sup>

O autor Grisard Filho diz que: "A guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles."<sup>625</sup> Portanto, ela não obriga ao filho a ter que tomar uma difícil e doída decisão, dizendo com qual dos dois genitores prefere morar. Para os pais também é favorável, pois reconhecem que para o filho, os dois possuem igual valor.

---

<sup>622</sup> Ibid., p. 179.

<sup>623</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 182/184.

<sup>624</sup> Ibid., p. 217.

<sup>625</sup> Ibid., p. 219.

Segundo estudo realizado pela psicóloga Edyleine Bellini Peroni Benczik, sobre a importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil, ela ensina que:

Em decorrência da separação, muitos pais estão solicitando a guarda compartilhada, ou seja, eles querem continuar participando da vida de seus filhos, e, exercendo o papel de pai, pois um novo perfil de pai foi se configurando: É um homem oriundo de classes médias ou altas, que se beneficia de uma formação de uma renda mais elevada que a média. Tem uma profissão liberal que lhe permite, bem como à sua mulher, dispor livremente de seu tempo e rejeita a cultura masculina tradicional. A maioria se diz em ruptura com o modelo de sua infância e não quer, por nada, reproduzir o comportamento do pai, considerado “frio e distante”. Eles almejam “reparar” sua própria infância. Finalmente, vivem com mulher que não têm vontade de ser mães em tempo integral. Aquela figura que comumente se tinha somente nos finais de semana, dá lugar a um pai mais partícipe, envolvido com o dia-a-dia, com a educação e com o crescimento de seus filhos, priorizando e garantindo às crianças um ambiente seguro, mediante um desenvolvimento preservado, em prol da estabilidade emocional dos seus filhos.<sup>626</sup>

Devido a essas vantagens que a guarda compartilhada oferece, diversos países já elegeram-na como modelo principal, ficando a guarda única como modelo acessório. A Convenção sobre os Direitos da criança, em seu artigo 9º, §3º, exige que os Estados partes respeitem o direito da criança que está separada de um dos pais ou dos dois, de manter relações pessoais e contato direto com ambos, sempre levando em consideração o interesse do menor.

Porém, alguns casais que são beneficiados por esse novo modelo de guarda, exercem-na de forma equivocada, pois preservam e deixam se influenciar por seus conflitos e amarguras. Segundo o autor Grisard Filho:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação e proporcional a seus filhos e, nesses

---

<sup>626</sup> BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. **A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil.** Revista Psicopedagogia, São Paulo, v. 28, n. 85, p. 67-75, 2011.

casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.<sup>627</sup>

Apresenta-se assim algumas desvantagens da guarda, como a que ocorre quando os pais estão sempre em conflito, indispostos a entrar em consenso sobre as decisões relacionadas aos filhos. Nesse caso, a guarda compartilhada não deve ser aplicada, tendo o juiz que recorrer para o modelo de guarda unilateral.

Alguns autores, como Segismundo Gontijo, acabam confundindo o modelo de guarda compartilhada com o da guarda alternada e, desse modo, acreditam que a guarda compartilhada atrapalha a estabilidade do filho, pois segundo ele, os filhos viram “iô-iôs”, ficando um período de tempo com a mãe e outro com o pai. Os filhos perdem o referencial de lar, tendo dificuldade em se adaptar em moradias diferentes.<sup>628</sup> É a guarda alternada que transforma os filhos em “iô-iôs”, pois não possuem uma rotina e residência fixas, já na guarda compartilhada eles possuem uma residência única, que evita grandes mudanças em sua rotina.

Um estudo realizado por Ricardo Oppenheim e Suzana Szylowicki apontou quais são as principais vantagens e desvantagens da guarda compartilhada. As vantagens para os pais são: ambos se mantêm guardadores; qualificação na aptidão de cada um deles; equiparação dos pais quanto ao tempo livre para a organização da vida pessoal e profissional; compartilhamento do atinente a gastos de manutenção do filho; maior cooperação. Já para os filhos as vantagens são: convivência igualitária com cada um dos pais; inclusão no novo grupo familiar de cada um de seus pais; não pais periféricos; maior comunicação; menos problemas de lealdades; bom modelo de relações parentais. Com relação as desvantagens demonstradas por esse estudo, em relação aos pais elas foram: maiores custos (moradias apropriadas); permanência no mesmo lugar ou cidade, onde vive o grupo familiar; constante adaptação; necessidade de um emprego flexível. E para os filhos: adaptação a duas moradias; problemas práticos ou logísticos.<sup>629</sup>

---

627 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 225.

628 GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho.** COAD-ADV: Informativo semanal, n. 44, p. 563-564. Rio de Janeiro, 1997.

629 OPPENHEIN, Ricardo; SZYLOWICHI, Suzana. *apud* GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221 e 228.

Nesse estudo, as vantagens mostraram-se maiores que as desvantagens, por isso, quando os pais estiverem dispostos a compartilhar, almejarem continuar convivendo com seus filhos, tiverem condições para que isso ocorra, demonstrando interesse em dar à criança o melhor que ela necessitar, sem envolvê-la em seus conflitos parentais, o compartilhamento deve ser concedido. Porém, quando os pais não se mostrarem aptos ao compartilhamento, o juiz não deve adotar esse modelo. Cada caso deve ser analisado concretamente e o magistrado deve sempre decidir em prol do menor.

### 3.4.3 A Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014

Após uma abordagem histórica, conceitual e dos aspectos (vantagens e desvantagens) que regem o instituto da guarda compartilhada, faz-se necessário a abordagem sobre a nova Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, também chamada Lei da Igualdade Parental, que versa sobre a guarda compartilhada, conceituando-a e dispondo sobre sua aplicabilidade.

A nova Lei foi instituída devido ao Projeto de Lei (PLC nº 117/2013) proposto pelo deputado Arnaldo Faria de Sá, pertencente ao partido político PTB (Partido Trabalhista Brasileiro), o qual tramitou durante três anos na Câmara dos Deputados e só vai aprovado pelo Senado Federal em 26 de novembro de 2014, que foi sancionada sem vetos pela Presidenta da República, Dilma Vana Rousseff.<sup>630</sup>

A nova Lei foi criada pois a lei anterior (Lei nº 11.698/08) vinha sendo interpretada e aplicada de maneira equivocada, dessa maneira veio corrigir alguns pontos controversos.<sup>631</sup> Essa Lei alterou alguns artigos do Código Civil de 2002, dando-os um novo texto legal ou somente modificando alguns de seus parágrafos.

O artigo 1.583, §2º, teve sua redação alterada e seus incisos revogados, pois anteriormente dispunha sobre a concessão da guarda unilateral, concedida ao pai que tivesse mais aptidão para exercê-la e para propiciar aos filhos afeto; uma educação de qualidade; e saúde e segurança. A nova redação desse artigo, trouxe disposição sobre a

---

630 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 117, de 2013**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para estabelecer o significado da expressão da “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materiais/-/materia/115668>>. Acesso em: 07 de outubro de 2015.

631 Advogado de Porto Alegre explica sobre a Lei de Guarda Compartilhada. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-21/editada-advogado-porto-alegre-explica-lei-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 03 out. 2015.



guarda compartilhada, do tempo de convivência dos filhos com pai e com a mãe, dizendo que esse tempo deve ser dividido de forma equilibrada, levando em conta as situações fáticas e também os interesses das crianças.

Portanto, a antiga redação privilegiava a guarda unilateral concedida a somente um dos genitores. O estudo feito anteriormente sobre a guarda, demonstrou que com o passar do tempo e com as alterações sociais o modelo tido como principal foi substituído pelo modelo de compartilhamento, que demonstrou ser mais benéfico aos pais e aos filhos.

Segundo o autor Clóvis Brasil Pereira:

Para alcançar o objetivo disposto na legislação, entendemos que sua concessão exige que os pais separados, tenham moradia próxima, comunguem os mesmos valores morais, éticos, religiosos, e tenham em mente, apenas um único alvo à alcançar, o bem estar e a felicidade plena do filho.<sup>632</sup>

Esse entendimento transcrito engloba a alteração realizada no §3º do artigo 1.583, que antes dizia que a guarda unilateral obrigava o pai ou a mãe que não eram guardiões, a supervisionar os interesses de seus filhos. Já a nova redação dispôs somente sobre a guarda compartilhada, dizendo que a cidade base de moradia do filho será determinada com base em seus interesses.

Observa-se que as disposições sobre a guarda unilateral foram substituídas pelas da guarda compartilhada, deixando claro que a legislação preferiu uma em detrimento da outra.

O §5º do artigo 1.583 foi incluído pela nova Lei e obrigou o pai não guardião, em caso de guarda unilateral, a supervisionar os interesses dos filhos. Para que isso ocorra, qualquer um dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestações de conta, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. A autora Maria Berenice Dias, citando a autora Giselle Groeninga, diz que:

Ora, em qualquer das modalidades de guarda, existem todas estas atribuições e encargos que não dizem com o regime de convivência, pois são inerentes ao poder familiar. Pelo jeito, quis a lei enfatizar que

---

632 PEREIRA, Clóvis Brasil. **A Guarda Compartilhada, entre o desejável e o possível**. PROLEGIS. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-guarda-compartilhada-entre-o-desejavel-e-o-possivel/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

a responsabilidade parental e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar não só não deveriam se restringir, como se encontravam indevidamente desequilibrados com o predomínio da guarda unilateral.<sup>633</sup>

Dessa maneira, entende-se que as atribuições contidas nesse novo parágrafo estão todas intrínsecas dentro do exercício do poder familiar e, então, fazem parte de todos os modelos de guarda. Quando a guarda unilateral era tida como principal, os direitos e deveres dos pais estavam desconcertados, desequilibrados, portanto o objetivo desse novo parágrafo foi equilibrar os poderes dos pais, devendo os dois exercer seu poder familiar e sua responsabilidade parental.

Outra alteração trazida pela Lei ocorreu no artigo 1584, §2º, que diz que quando não houver consenso entre os pais, sendo ambos aptos a exercer o poder familiar, o juiz deverá aplicar a guarda compartilhada, salvo se um deles declarar ao magistrado desinteresse em possuir a guarda do filho.

Esse artigo já havia sido incluído pela Lei anterior sobre a guarda compartilhada (Lei nº 11.698/08), sua redação foi modificada, levando em consideração a aptidão dos pais em exercerem esse novo modelo e também seu interesse ou não. Anteriormente falava-se somente que não havendo acordo entre os genitores, a guarda compartilhada deveria, sempre que possível, ser aplicada. Então, a nova redação trazida especificou quais eram as possibilidades de imposição da guarda compartilhada, ou seja, ela só poderá ser aplicada se ambos os pais forem aptos para seu exercício e também possuírem interesse e disposição em exercê-la. Assim, a autora Maria Berenice, novamente citando a autora Giselle Groeninga afirma que:

Existe uma confusão quanto ao significado da indigitada expressão “divisão equilibrada do tempo”. Diz ser importante que esta se dê sempre tendo em vista as condições e interesses que variam em cada fase do desenvolvimento dos filhos, como também de acordo com as possibilidades dos pais, levando-se em conta o exercício diferenciado das funções parentais.<sup>634</sup>

---

633 GROENINGA, Giselle Câmara. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 529.

634 GROENINGA, Giselle Câmara. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 528.

Segundo a autora Maria Berenice Dias:

Não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como referência, mas para que um não fique à mercê da vontade do outro, principalmente quando inexistir acordo, cabe ao juiz estabelecer as atribuições de cada um e o período de convivência de forma equilibrada (CC 1.584 §3.º).<sup>635</sup>

Portanto, foram essas as alterações trazidas pelo §3º do artigo 1.584, dispondo que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando for estabelecer as atribuições de cada um dos genitores e seus períodos de convivência com os filhos, basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, visando sempre uma divisão equilibrada de tempo com o pai e com a mãe. A redação anterior do parágrafo, possuía a mesma redação, sendo apenas defeituosa na última parte, pois não falava na busca do equilíbrio na divisão do tempo.

Uma confusa alteração foi feita no §4º do artigo 1.584, que passou ter a mesma redação anterior, porém sem a sua última parte. Diz que: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor”. Antes a redução de atribuições vinha acompanhada de uma redução do número de horas de convivência com o filho, porém atualmente não se diz quais são as atribuições que serão reduzidas pelo magistrado se os genitores alterarem ou descumprirem imotivadamente cláusulas da guarda, seja ela compartilhada ou unilateral.

Já o conteúdo do §5º não foi alterado, dizendo que o juiz pode deferir a guarda, em casos extremos, a terceiro. Essa decisão só deverá ser tomada se o magistrado verificar que não há chances do filho continuar convivendo com seus pais, concedendo a guarda a pessoa que se revele compatível com a medida, considerando o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. Desse modo, se os genitores não possuírem aptidão para exercerem a guarda da prole, o juiz deverá concedê-la a outra pessoa, isso ocorre geralmente quando os filhos vão morar com seus avós.

O §6º do artigo 1.584, foi uma inovação trazida pela nova Lei e diz que: “Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”. Os pais têm o direito de fiscalização da vida e educação de seus filhos, tanto na guarda unilateral como

---

<sup>635</sup> Ibid., p. 527.

na compartilhada, podendo, a qualquer tempo, requerer informações que dizem respeito a essas questões. Então, o genitor tem direito de saber sobre seu filho e os estabelecimentos que se negarem a ceder informações serão punidos com multa diária. Essa multa é cobrada judicialmente, nas Varas de Família da Justiça Estadual, devendo ser requerida pelo pai, o qual deve provar que seu pedido foi recusado.<sup>636</sup>

Outro artigo que sofreu alterações foi o 1.585, caput, sua nova redação exigiu que a decisão sobre medida cautelar de separação de corpos, de medida cautelar de guarda ou em outra liminar de guarda, ela só deverá ser concedida após a oitiva de ambas as partes. Porém isso é excepcionado, ou seja, se os interesses dos filhos exigirem que a liminar seja concedida antes da oitiva da outra parte, o juiz deve conceder a liminar, observando as disposições do artigo 1.584 do Código Civil.

O artigo 1.634 também sofreu alterações, anteriormente só atribuía aos pais, no exercício do poder familiar, alguns deveres. Atualmente, com as inovações trazidas pela Lei, esse artigo diz que compete a ambos os genitores exercerem as atribuições relativas ao pleno exercício do poder familiar, independente da sua situação conjugal. Essas atribuições são: dirigir-lhes a educação e criação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem de Município; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Essas atribuições foram citadas no capítulo sobre o poder familiar, e dizem respeito ao exercício do poder familiar, que é direito de ambos os pais, mesmo que ocorra o rompimento das suas relações. Assim, fica evidenciado que as decisões dos pais quanto a situação conjugal não devem afetar os filhos, que possuem o direito de tê-los como seus criadores e educadores.

Em trecho retirado de reportagem da Revista Veja sobre a Guarda Compartilhada e o que muda com a nova Lei, a jornalista Marcella Centofanti diz que:

---

<sup>636</sup> Lei 13.058/2014: determina que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, o juiz aplicará a guarda compartilhada. Dizer o direito. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/12/lei-130582014-determina-que-quando-nao.html>>. Acesso em: 03 out. 2015.

Para especialistas em direito de família, nos casos de divórcios litigiosos, a nova lei não deve promover avanços. Eles acreditam que ex-casais que vivem em pé de guerra e mal conseguem conversar não vão, como num passe de mágica, se sentar amigavelmente em uma mesa para decidir da visita ao pediatra ao lanche do recreio. "Essa lei pressupõe conversa e consenso. Seu viés social é muito bonito, mas os casais que brigam não vão deixar de brigar por causa dela", afirma Beatriz Kestener, advogada cível e sócia do escritório Mattos Muriel Kestener Advogados.<sup>637</sup>

É verdade que essa nova Lei é quase perfeita na teoria, porém sua prática é muito complicada, pois existem casais que não conseguem e nunca conseguirão conviver em harmonia, sem que haja algum conflito entre eles. Então as decisões em relação aos filhos se tornará uma tarefa muito difícil de ser realizada em conjunto, como também será a adaptação a esse novo modelo.

Essa Lei é quase perfeita, pois ela traz algumas incongruências, apesar disso é muito benéfica. O maior benefício é a consagração do direito da criança. Assim, essa Lei trouxe um novo paradigma ao ordenamento jurídico, fazendo com que a guarda compartilhada fosse introduzida como o modelo principal, deixando a guarda unilateral como acessória, somente aplicada em casos de inaptidão dos pais ao exercício familiar, ou se um deles não desejar exercitá-lo.

A nova Lei já foi e ainda é muito criticada pelos doutrinadores, pois a guarda compartilhada deve ser escolhida pelos genitores e não imposta à eles. Como visto, esse modelo surgiu para que os menores e também seus pais fossem beneficiados e não para criar ainda mais conflitos entre eles, impondo uma decisão que não agrada ambos.

Segundo a autora Maria Berenice Dias:

A dissolução dos vínculos afetivos dos pais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da conjugalidade dos genitores não pode comprometer os vínculos de parentalidade, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado. É necessário manter os laços de

---

<sup>637</sup> Guarda Compartilhada: o que muda com a nova lei. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

afetividade, minorando os efeitos que o divórcio ou a dissolução da união estável dos pais acarreta nos filhos.<sup>638</sup>

Por isso o rompimento da relação conjugal dos genitores não deve ter influência na vida de seus filhos. Os direitos e deveres dos genitores continuam intactos, eles devem continuar exercendo seu poder familiar, além disso, devem manter o vínculo de afeto com as crianças, que necessitam da presença de ambos os pais em sua vida para crescerem sem traumas ou sentimento de abandono.

## CONCLUSÃO

Com o presente estudo percebeu-se que a família já sofreu diversas alterações ao longo da história. Não se sabe exatamente sua origem, porém pesquisadores demonstram que sua evolução acompanhou a evolução da humanidade. Antigamente, os pais eram tidos como chefes das famílias. Esse patriarcalismo reinou durante muitos anos e no ordenamento jurídico brasileiro podemos encontrar resquícios dele. A Igreja Católica era quem dispunha proteção integral aos vínculos familiares, porém com o passar do tempo isso foi se transformando e, atualmente, é o Estado que atua para a proteção das famílias. No Brasil, o Estado só tem competência para defender os direitos fundamentais dos membros de uma família, ultrapassando esses limites estará intervindo na vida privada deles e indo contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa pesquisa também abordou-se o poder familiar, o qual está dentro da seara familiar. Percebeu-se que é dever de todos os genitores exercerem-no, mesmo após eventual rompimento de suas relações. Com a predominância do patriarcalismo nas antigas relações familiares, quem detinha o exercício exclusivo do poder familiar era o homem. Esse poder era visto muito mais como uma administração do patrimônio do que como um conjunto de direitos e deveres dos pais para a formação de seus filhos. Analisou-se que as famílias atuais perderam esse ranço patriarcal, passando a atuarem ambos os genitores na criação e educação dos filhos, tomando decisões conjuntas para uma formação psíquica, física e moral saudável, atuando sempre em prol do menor. Se os pais forem omissos quanto ao exercício desse poder podem ter seu poder suspenso e, em casos extremos, podem perder seu poder familiar.

Passou-se então a analisar o instituto da guarda, a qual está inserida no do poder familiar, sendo um de seus elementos. Quando ocorre a separação dos cônjuges que possuem filhos menores, há a necessidade de se regulamentar quem ficará com a guarda

---

<sup>638</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 531.

deles. Antigamente, a guarda era atribuída exclusivamente ao pai, pois acreditava-se que ele possuía melhores condições financeiras para criar seu filho. Mais tarde, com a Revolução Industrial, e o deslocamento da população do campo para as cidades, tendo o homem que dedicar-se quase que totalmente para o trabalho nas fábricas, a mãe foi quem passou a cuidar dos filhos. As mulheres, por questões históricas e culturais, eram consideradas mais aptas a ficarem com seus filhos. Essa pesquisa demonstra que essas duas visões são errôneas, tanto a ideia anterior que dizia que o homem possuía melhores condições financeiras para criar seus filhos, tanto a ideia de que a mulher seria a mais apta a exercer a guarda pois sua criação foi voltada para isso. Atualmente, o que prevalece é o interesse dos filhos, prevalecendo a ideia de que ele deve continuar convivendo com ambos os genitores para seu crescimento saudável, tanto físico quanto psicológico.

Existem diversos modelos utilizados para essa regulamentação e a guarda compartilhada é um deles. Esse novo modelo surgiu para dar amparo às crianças vítimas das rupturas de relacionamentos de seus genitores, o objetivo é minimizar o sofrimento delas, para que não se sintam objetos de disputa ou utilizadas como forma de vingança de um genitor contra o outro. Nesse modelo elas têm oportunidade de continuar convivendo com ambos os pais, não havendo necessidade de terem que optar por um deles em detrimento do outro. Para os pais também há benefícios, pois além de manterem uma convivência sadia e harmoniosa com seus filhos, podem decidir conjuntamente sobre sua criação e educação, contribuindo de forma responsável para o adequado desenvolvimento físico, moral e psíquico.

A guarda compartilhada teve origem na Inglaterra, e mais tarde espalhou-se pela Europa e finalmente chegou até a América, ingressando no Brasil. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, visando o princípio do melhor interesse da criança, tornou regra esse modelo.

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 foi o primeiro avanço trazido pela legislação brasileira em relação à guarda compartilhada, essa lei que além de alterar alguns artigos do Código Civil de 2002 também instituiu e disciplinou a guarda compartilhada. Mais tarde, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada”; dispôs sobre sua aplicação e também alterou alguns artigos do Código Civil de 2002, trouxe inovações benéficas na teoria, pois deixou de priorizar o modelo de guarda unilateral, concedendo igualdade parental para os genitores.

Contudo, a nova Lei não deixou os pais optarem pelo modelo que preferem adotar, ou seja, é dever do juiz sempre que não houver consenso entre os pais sobre a guarda de seus filhos, impor o modelo da guarda compartilhada. Com o estudo realizado observa-se que o modelo só obtém êxito tratando-se de famílias bem estruturadas, em que os

genitores não estão em conflito constante, que lidam com o rompimento de forma saudável, sem a intenção de prejudicarem seus filhos, demonstrando uma aptidão para manusear o novo modelo. Já as famílias totalmente desestruturadas, em que os cônjuges provocam conflitos intensos constantemente, totalmente despreparados e desconsertados para que consigam tomar alguma decisão em conjunto, que mostram-se indispostos a manter uma relação saudável, não têm estrutura para lidar com o novo modelo.

Portanto, deve existir um equilíbrio da nova Lei e não uma imposição dela, pois algumas famílias preenchem os requisitos ideais para adotar o modelo de guarda compartilhada, porém isso não é absoluto. Não há a possibilidade de aplicação da Lei nessas famílias desestruturadas e em constante conflito. Portanto há que se analisar cada caso individualmente, pois a guarda pode ser benéfica para uns e prejudicial para outros.

Frente a todos os dados levantados por esse trabalho, percebeu-se que a recepção da nova Lei pela legislação brasileira comporta diversos questionamentos, tanto por seus prejuízos e benefícios, como também sobre sua aplicabilidade. Quando aos benefícios, conclui-se que a nova Lei deu mais segurança ao genitor não guardião pois além da prestação de contas, tendo acesso a todas as informações de seu filho, essa Lei diminui a possibilidade da existência de uma alienação parental e reforçou o poder familiar dos pais. Quanto aos prejuízos trazidos, a nova Lei, dando subjetividade ao dizer que o tempo de convívio dos filhos com seus pais deve ser equilibrado, fez com que existissem ainda mais conflitos na determinação desses períodos. Outro prejuízo que pode ser causado às famílias desmembradas é a imposição do modelo de guarda compartilhada, pois podem não estarem estruturadas para conviver com o modelo.

Observa-se que houve uma omissão por parte do legislador em uma análise prévia da realidade das famílias brasileiras antes da produção da nova Lei, pois após a ruptura do relacionamento, a maior parte dos casais não está em sintonia, almejando construir um futuro próspero para atender os interesses de seus filhos. Ao contrário, estão em disputa, buscando satisfazer seus próprios interesses.

Assim, deve haver uma mobilização por parte dos profissionais, tais como advogados, magistrados, psicólogos, assistentes sociais, para que cada caso receba sua devida importância e seja estudado afundo isoladamente. Dessa forma, cada família terá a oportunidade de receber a decisão mais adequada ao seu caso e também a que mais beneficie todas as partes, principalmente os filhos menores. Isso deve ocorrer para que os filhos não acabem se contaminando emocionalmente com os conflitos diários de seus genitores ou que os adultos usem-nos como objeto de disputa.

Importante a ressalva de que a guarda compartilhada não deve ser confundida com a guarda alternada. Na guarda alternada quem altera a residência são as crianças, que



acabam não possuindo um lar definido, gerando assim uma instabilidade muito grande em suas vidas. Já na guarda compartilhada isso não ocorre, quem

Não existindo a pretensão de esgotamento do tema, a alternativa encontrada é a análise de cada caso que envolve filhos menores, sempre em busca do atendimento do melhor interesse deles, para que o sofrimento seja aliviado e também para que não carreguem um sentimento de perda de um de seus pais. A pretensão também é que, através desse estudo, mais pessoas possam ter conhecimento sobre esse novo modelo de guarda, para que beneficiem-se disso e que também tenham consciência de que nem tudo é perfeito, que a Lei é quase perfeita na teoria, mais na prática ela traz alguns prejuízos se aplicada de maneira errônea.

## REFERÊNCIAS

ADVOGADO de Porto Alegre explica sobre a Lei de Guarda Compartilhada. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-21/editada-advogado-porto-alegre-explica-lei-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 03 out. 2015.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. *Revista Psicopedagogia*, São Paulo, v. 28, n. 85, p. 67-75, 2011.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 3071, de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 10 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 5 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: 15 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 04 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a Lei sobre o casamento civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm)>. Acesso em 10 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1994. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 8 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941.** Lei da Família. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm)>. Acesso em 8 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 dez. 1977. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em 06 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70005246897,** Relator(a): JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, Sétima Câmara Cível, julgado em 12/03/2003. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento.php?codigo=99392&ano=2002](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=99392&ano=2002)>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 20120530555,** Relator(a): RONEI DANIELLI, Sexta Câmara Cível, julgado em 29/08/2012. Disponível em: <<http://www.tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23826277/apelacao-civel-ac-20120530555-sc-2012053055-5-acordao-tjsc>>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 171956** Relator(a): JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, Primeira Câmara Cível, julgado em 26/08/2011. Disponível em: <<http://www.tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20566178/apelacao-civel-ac-171956-sc-201117195-6>>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento nº 20140020235710** Relator(a): TEOFILO CAETANO, Primeira Câmara Cível, julgado em 03/12/2014. Disponível em: <<http://www.tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162131655/agravo-de-instrumento-agi-20140020235710-df-0023742-9720148070000>>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 117, de 2013**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para estabelecer o significado da expressão da “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materiais/-/materia/115668>>. Acesso em: 07 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1006476**, Relator(a): Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 04/10/2011, publicado em: 04/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/21051186/recurso-especial-resp-1006476-pb-2007-0268883-3-stj/inteiro-teor-21051187>>. Acesso em: 01 set. 2015.

CARNEIRO, Rafael Gomes da Silva; MAGALHÃES, Vanessa de Padua Rios. **O direito de liberdade e a possibilidade de reconhecimento da união poliafetiva**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12810](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12810)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

CONSELHOS de direitos temáticos: curso de direitos humanos – Módulo III. **DH NET** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/3/crianca/marco.htm>>. Acesso em: 27 set. 2015.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. São Paulo. Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol VI. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filho**. COAD-ADV: Informativo semanal, n. 44, p. 563-564. Rio de Janeiro, 1997.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUARDA Compartilhada: o que muda com a nova lei. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-nova-lei/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

LEI 13.058/2014: determina que, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, o juiz aplicará a guarda compartilhada. **Dizer o direito**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/12/lei-130582014-determina-que-quando-nao.html>>. Acesso em: 03 out. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. e.d. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCHESA, A. M. M. **Colocação em família substituta: aspectos controvertidos**. RT 689/297. São Paulo: Ed. RT, mar. 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. vol. 2. 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. vol. 2. 38. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafael Ferreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. **Família – Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8845](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8845)>. Acesso em: 20 jul. 2015.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda compartilhada – uma nova solução para novos tempos**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91006-mariaantonieta.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 302.

ORDENAÇÕES Filipinas. **Companhia das Letras**. Disponível em: <<http://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=11152>>. Acesso em: 09 set. 2015.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **A Guarda Compartilhada, entre o desejável e o possível**. PROLEGIS. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-guarda-compartilhada-entre-o-desejavel-e-o-possivel/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

PEREIRA PIMENTEL, Áurea. **A Nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**, v. 9. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974.

PSICÓLOGA Regina. **Quando os pais se separam. Como ficam as crianças?** Disponível em: <<http://www.psicologaregina.com.br/quando-os-pais-se-separam-como-ficam-as-criancas/>>. Acesso em: 27 set. 2015.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Chambers. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o Enfoque dos Novos Paradigmas do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

## A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

**MAÍRA SANTOS DOS ANJOS:**

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe -UFS (2013). Aprovação no Exame de Ordem - OAB (2012). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio (2016)

**RESUMO:** A Defensoria Pública está inserida na Constituição Federal de 1988 no capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, em Seção própria – a partir da Emenda Constitucional n.º 80, de 2014. A sua ampla atuação é conferida pelo texto constitucional (artigo 134) e na própria Lei Complementar n.º 80, de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública). Para além da atividade sob a perspectiva de uma demanda judicializada, imprescindível destacar e trazer a debate a função defensorial extrajudicial, de modo a permitir que os instrumentos e os recursos para tal finalidade sejam amplamente viabilizados e implementados na prática institucional.

**PALAVRAS-CHAVES:** Defensoria Pública; Constituição; extrajudicial; prática institucional.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva trazer considerações importantes sobre a atuação extrajudicial da Defensoria Pública, de modo que se contribua para o constante debate e construção envolvendo a temática. Para tanto – e sem qualquer pretensão de esgotamento desse tema tão rico e amplo –, foram analisados os principais dispositivos constitucionais e legais que orientam a atividade defensorial para além do viés processual.

Ademais, de forma a densificar este trabalho, há farta fundamentação da doutrina institucional, que restou compilada, com aspectos teóricos e práticos abordados em artigos e livros de importantes autores para a formação do vasto conhecimento sobre os serviços prestados pelos Defensores Públicos aos usuários da Instituição: os vulneráveis – considerados não somente no aspecto da hipossuficiência econômica, mas também sob o olhar para o grupo necessitado organizacional.

## A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública está inserida no texto constitucional no capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, em Seção própria – a partir da Emenda Constitucional n.º 80, de 2014. E muito pertinente se pode dizer essa sua alocação como instituição que é

essencial à Justiça, para além, portanto, de sua inegável importância (indispensabilidade) para a função jurisdicional.

Com a Constituição de 1988, aparece no texto constitucional o termo “assistência jurídica”, englobando a assistência judiciária, a orientação jurídica, assistência extrajudicial e assistência jurídica internacional, inclusive. Narra a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Em meio a esse contexto, é de se destacar a atuação da Instituição Defensorial, que densifica e efetiva o acesso à Justiça, princípio base para a garantia de direitos fundamentais, especialmente no que se refere à tutela dos vulneráveis – ou, mais propriamente, dos hipervulneráveis, já que a ampla atividade busca atingir muito além dos hipossuficientes econômicos (funções típicas), de modo a tutelar os ditos necessitados organizacionais. Márcio André Cavalcante muito bem explica esse ponto, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os requisitos legais para a atuação coletiva da Defensoria Pública, adota exegese ampliativa da condição jurídica de “necessitado”, de modo a possibilitar sua atuação em relação aos necessitados jurídicos em geral, não apenas aos hipossuficientes sob o aspecto econômico (STJ. 1ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1.529.933/CE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 20/5/2019).

A expressão “necessitados” (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minushabentes* impregnada de significado

social, organizacional e de dignificação da pessoa humana (STJ. 2ª Turma. REsp 1.264.116/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2011).

Sobre a missão da Defensoria efetivando o acesso à Justiça, os Professores Edilson Santana, Jorge Bheron e Maurílio Casas Maia, em sua notável obra "Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis", explicam que o Constituinte originário destinou à Instituição a tarefa de complementar princípios básicos, "corporificando a própria dimensão institucional do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa" (GONÇALVES FILHO, ROCHA, MAIA, 2020, p. 37).

Nesse rumo, a Constituição Federal de 1988 – a primeira a fazer menção expressa à Instituição, após alterações das importantes Emendas Constitucionais n.º 45/2004 e 80/2014, apresenta a Defensoria Pública em seu artigo 134 como órgão autônomo e permanente, e instrumento do regime democrático, dotado de autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, à qual incumbe "a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados".

Verifica-se, portanto, que o próprio texto constitucional conferiu destaque à atuação extrajudicial da Defensoria, de modo a efetivar o acesso à justiça de uma forma integral. No mesmo sentido, a Lei Complementar n.º 80, de 1994 (Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública) também prevê expressamente, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, a sua atuação extrajudicial, destacando que se trata da atividade prioritária do Defensor Público, o que confere destacada importância para o tema que ora se analisa. Nesses termos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

O Professor André de Carvalho Ramos (2020) ensina que, ao contrário da linha restritiva presente na Constituição de 1934, que se limitava a tratar da assistência judiciária, o texto de 1988, inovando, assegurou a assistência jurídica integral – a qual se manteve nas Constituições seguintes –, mais ampla, já que abrange a informação do direito, bem como a tutela administrativa e extrajudicial.



Imprescindível destacar que a atuação extrajudicial da Defensoria Pública, que auxilia na concretização do acesso à ordem jurídica justa, também efetiva a importante tutela dos direitos humanos – promoção que se insere na missão constitucional dada à Instituição (artigo 134 da Constituição de 1988 e artigo 1º da LC n. 80/1994). A Lei Complementar n. 80/94, nesse rumo, prevê “a prevalência e efetividade dos direitos humanos” como objetivo da Defensoria Pública (artigo 3º-A); e, dentre as funções institucionais: “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;” e “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos” (artigo 4º).

André de Carvalho Ramos explica que “nenhuma fórmula assecuratória dos direitos humanos deve ser descartada, podendo ser utilizados os mecanismos judiciais e extrajudiciais (os termos de ajuste de conduta, a mediação e negociação assistida)” (RAMOS, 2020, p. 616). O Professor se utiliza precisamente do exemplo da atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para fins de demonstrar a importância e efetividade da atividade defensorial extrajudicial:

Como exemplo dessa nova concepção de assistência jurídica integral cabe citar o trabalho da Defensoria Pública do Estado de São Paulo na garantia dos direitos das vítimas do acidente de *desmoronamento em obra de expansão* do Metrô de São Paulo. Nesse acidente, ocorrido em 2007, ao invés da prestação da assistência judiciária, o que poderia levar às vítimas ao tortuoso e moroso processo judicial de indenização brasileiro, houve a opção por mediação e negociação extrajudicial. Assim, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo intermediou o pagamento de indenizações extrajudiciais, o que tornou a prestação de assistência jurídica rápida e eficaz para familiares de vítimas e moradores desamparados. Esta experiência ganhou o *Prêmio Inovare* na categoria de prática de excelência na Defensoria Pública (RAMOS, 2020, p. 616).

No plano federal, com olhar para a atuação extrajudicial da Defensoria Pública da União, verifica-se o importante trabalho do Defensor na orientação e aconselhamento jurídicos, assim como a conciliação e representação do vulnerável perante a Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional. Nesse ponto, o Professor André de Carvalho Ramos (2020) exemplifica com a atividade nos procedimentos administrativos perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e naqueles envolvendo as agências reguladoras.

Inegável que o atuar do Defensor Público fora do contexto processual traz inovação, celeridade e efetivação plena de direitos, permitindo maior contato com soluções por vezes até mais eficazes e adequadas os interesses dos usuários da Instituição, sob o olhar de uma justiça restaurativa, que, no entanto, não afasta, nem prejudica eventual acesso ao Poder Judiciário, dada a independência entre as instâncias.

De fato, a utilização de uma demanda judicializada não pode ser um fim em si mesma. O processo é apenas um instrumento – dentre tantos outros – de acesso à justiça. O olhar que se deve ter por vez deve ser, portanto, mais distante dos limites comuns – no sentido de se procurar por vias outras, que podem ser mais simples, menos desgastantes para os assistidos, e mais efetivas.

O Código de Processo Civil de 2015 reforçou, de maneira pertinente, a possibilidade de atuações extrajudiciais, ao dispor com destaque para os mecanismos de conciliação e mediação e possibilidade de negócio jurídico processual, regulamentando o princípio do autorregramento da vontade. No artigo 190 há previsão da chamada cláusula geral de negociação, que permite “às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Verifica-se, portanto, que o CPC possibilita a convenção inclusive antes do processo. Do mesmo modo, o artigo 3º, §3º, do mesmo diploma legislativo dispõe que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Ou seja, cabe ao Defensor estimular os acordos, o que não se limita ao âmbito da demanda judicializada.

Ainda no CPC, está previsto como título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública (artigo 784, IV). A Lei Complementar n.º 80/1994, por sua vez, também informa que o “instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público” (artigo 4º, §4º).

O Defensor Público Federal Edilson Santana Gonçalves Filho, em artigo publicado no site Conjur, traz exemplo prático que ilustra essa atividade da Defensoria, nesses termos:

Dentre inúmeros exemplos reais de sucesso, cito caso envolvendo comunidade indígena no Amazonas, que resultou na resolução da questão, por meio da matrícula de cerca de 100 crianças indígenas em escola pública, além da instalação de local apropriado, dentro da

própria comunidade, para atividades específicas da educação indígena.

(...)

Ciente de seu papel, o defensor público, como agente de transformação social, imbuído da função de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (artigo 4º, III da LC 80/94), deve levar à comunidade acesso ao conhecimento, acerca de seus direitos, capacitando, por meio de sua presença regular, agentes responsáveis por núcleos de mediação populares, com o objetivo de possibilitar a solução de pequenos conflitos pelos próprios moradores do local. A medida busca, portanto, a criação de uma cultura de autotutela, como alternativa à solução de conflitos via Poder Judiciário, inclusive como forma de permitir o aprimoramento qualitativo na prestação dos serviços na seara judicial, através da redução do número de demandas ajuizadas.

Para além de estimular acordos, possível visualizar a atuação da Defensoria Pública na formação e condução de políticas públicas, junto aos demais órgãos e instituições por elas responsáveis, especialmente no que se refere aos litígios estruturais. Nesse sentido, de maneira brilhante e precisa, os professores Edilson Santana, Jorge Bheron e Maurílio Casas Maia apresentam a missão constitucional-defensorial: defesa emancipatória dos vulneráveis. São suas palavras:

Como expressão e instrumento do regime democrático compete à Defensoria Pública dar voz à pessoa ou ao grupo de pessoas necessitadas, a fim de que seus anseios possam ser ouvidos e considerados nas esferas de decisão, seja no Legislativo, através, por exemplo, dos debates no processo de elaboração de leis; no Executivo, quanto da eleição, criação e, especialmente, execução de políticas públicas; ou no Judiciário, dentro de processos que podem irradiar consequências para o âmbito da pessoa ou da coletividade tutelada. Neste sentido, a Defensoria atuará como expressão e instrumento de regime democrático, verdadeiro *amicus democratiae*, podendo participar no processo de criação e definição das normas sociais, do debate parlamentar, leis, orçamento, convocação de audiências públicas, similarmente à função de Ombudsman, participando de conselhos, da educação em direitos, sendo

instrumento de viabilização para participação ativa de todos os afetados por decisões – sejam judiciais, políticas ou legislativas –, munindo os grupos da oportunidade de influência no debate (GONÇALVES FILHO, ROCHA, MAIA, 2020, p. 60-61).

O Defensor Público do Estado de São Paulo Marcos Vinicius Manso Lopes Gomes, em artigo publicado no site Conjur, muito bem aborda o papel do Defensor Público como agente político de transformação social, dizendo de sua “a atuação jurídica *sui generis*, diferenciada de qualquer outra instituição”; trata-se de um panorama em que busca tutelar os assistidos de forma “holística, judicial e extrajudicial, procurando garantir todos os direitos fundamentais aos envolvidos, tal como moradia, saúde, educação, transporte, dentre outros”.

Voltando à Lei Complementar n.º 80/94, o artigo 4º, I, prevê como função institucional a orientação jurídica dos necessitados – que pode ocorrer administrativa ou judicialmente. Trata-se da atividade de consultoria da Defensoria Pública, que reflete a educação em direitos.

Quanto à função prevista no art. 4º, II, tem-se a busca da solução extrajudicial de conflitos, mediante métodos alternativos. Os professores Diogo Esteves e Franflyn Roger (2018) ensinam que são três os grupos de meios ordinários para solucionar conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição. O processo voluntário de composição do litígio realizado pelos seguintes mecanismos: mediação, conciliação, transação *stricto sensu* e resolução colaborativa; na heterocomposição, há a arbitragem e a própria jurisdição.

Os autores complementam afirmando que cabe à Instituição Defensorial avaliar o melhor método de solução do conflito no momento da prestação da assistência jurídica, sob a perspectiva dos interesses do assistido. Porém, a propositura de demandas judiciais, no sentido do que determina a própria lei, somente pode ocorrer quando a via consensual restar impossibilitada.

Seguindo, há a importante previsão no inciso III do artigo 4º da LC n.º 80/94 acerca da função institucional da educação em direitos propriamente dita: “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”. Assim, antes mesmo de qualquer violação concreta de um direito, já se visualiza a missão da Defensoria de atuar informando a população vulnerável sobre os seus direitos. Nesse sentido:

Por isso, a necessidade de informação é primordial e prioritária. O desconhecimento constitui a primeira barreira a ser vencida na busca

pelo acesso à justiça. (...) Para tanto, a Defensoria Pública deve adotar políticas educacionais destinadas a informar e conscientizar as classes menos favorecidas sobre seus direitos básicos, fazendo com que sejam capazes de identificar situações de violação à ordem jurídica e possam reivindicar a reparação devida. (...) Com isso, o Defensor Público assume a verdadeira posição de agente de educação jurídica e de transformação social, prosseguindo na incessante busca pela elevação humana das classes menos favorecidas (ESTEVES, SILVA, 2018, p. 408-410).

Também é preciso destacar como instrumento dessa atuação extraprocessual a possibilidade de convocar audiências públicas para fins de discutir matérias relacionadas às funções da Instituição. É o que prevê o artigo 4º, XXII, da Lei Complementar n.º 80/1994.

Por fim, imprescindível o destaque à possibilidade de atuação extrajudicial da Defensoria Pública no âmbito da tutela coletiva. Aqui se destaca, primeiramente, a possibilidade de firmar Termo de Ajustamento de Conduta, o qual consiste em instrumento que evita a judicialização.

Nesse sentido, a Lei n.º 7.347/1985 (após alteração dada pela Lei n.º 11.448, de 2007) prevê a legitimidade da Defensoria para a propositura da ação civil pública (artigo 5º, II), dispondo, ainda, que “órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (artigo 5º, §6º).

Polêmica forte na doutrina existe quanto à possibilidade de a Defensoria Pública presidir inquérito civil, já que a Lei de Ação Civil Pública (artigos 8º e 9º), bem como a própria Constituição Federal (artigo 129, III) trazem-no como instrumento de uso do Ministério Público.

Diogo Esteves e Franflyn Roger (2018) ressaltam, no entanto, a reflexão sobre a possibilidade dessa atuação, com base na teoria dos poderes implícitos, já que o Ministério Público, de forma semelhante, e em paralelo, teve reconhecida a sua legitimidade para investigação criminal, argumentando não se tratar de ato exclusivo de polícia judiciária, além de ser ele o titular da ação penal.

Finalmente, os autores também salientam sobre a possibilidade de edição de Recomendação Administrativa pela Defensoria Pública no desempenho da tutela coletiva. Trata-se de instrumento de cunho preventivo, que traz diretrizes a evitar danos coletivos futuros, com base na própria Constituição Federal (artigo 134) e na Lei Complementar n.º 80/1994.

## CONCLUSÃO

Diante de todas informações apresentadas, é de se concluir pela importância de se levar ao debate o tema da atuação extrajudicial da Defensoria Pública, de modo a se efetivar plenamente o acesso a uma ordem jurídica justa. Seja através de acordos extraprocessuais, intervenção e acompanhamento de políticas públicas, promoção de audiências públicas para oitiva da sociedade civil, dentre outras inúmeras possibilidades de atividade do Defensor Público. É preciso que se dedique o espaço necessário a essa importante discussão, a fim de que os instrumentos e os recursos para tais fins sejam amplamente viabilizados e implementados.

## REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Admite-se a intervenção da DPU no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/967c2ae04b169f07e7fa8fdfd110551e>>. Acesso em: 05/07/2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 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: 5 julho. 2022.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **Novo Código de Processo Civil permite a intervenção defensorial**, previsto em Tribuna da Defensoria. Publicação realizada no dia 2 de maio de 2017, no site Conjur: <[https://www.conjur.com.br/2017-mai-02/tribuna-defensoria-codigo-processo-civil-permite-intervencao-defensorial#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2017-mai-02/tribuna-defensoria-codigo-processo-civil-permite-intervencao-defensorial#_ftnref1)>. Acesso em 06 de julho de 2022.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria tem perfil para ser *ombudsman* na solução extrajudicial de conflitos**, previsto em Tribuna da Defensoria. Publicação realizada no dia 9 de maio de 2017, no site Conjur: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-09/tribuna-defensoria-defensoria-ombudsman-solucao-extrajudicial-conflitos>>. Acesso em 06 de julho de 2022.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. **CUSTOS VULNERABILIS: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar número 80, de 12 de janeiro de 1994**. Brasília: 1994. Disponível em: <[http://www. http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm)>. Acesso em: 5 julho. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

## **A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O LIMITE ENTRE A ADEQUADA GESTÃO E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO.**

**MARCELLE PEREIRA DOS SANTOS OLIVEIRA:**

Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do Oeste Baiana - UFOB.

**ANA THEREZA MEIRELLES ARAÚJO**

(orientadora)

*“Querer ser mais do que se é, é ser menos.”*

**Gilberto Amado**

**RESUMO:** Considerando o elevado número de demandas jurídicas ligadas a direitos sociais, o presente estudo busca investigar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas de saúde. Para isso, traz um breve histórico acerca do direito à saúde nas constituições federais brasileiras, bem como analisa a situação atual da saúde no país, descrevendo o Sistema Único de Saúde e seus princípios norteadores. Posteriormente, aponta os limites encontrados na substancialização do direito à saúde, discorrendo sobre o princípio da separação dos poderes e enfatizando a importância do princípio da eficiência para uma boa Administração. O trabalho explora a atuação do Poder Executivo, analisando de maneira crítica a omissão do mesmo na implementação de políticas públicas de saúde, dando margem a intervenção judicial na implementação de tais políticas. Por fim, explana sobre o aumento da judicialização no Brasil, demonstrando a posição dos Tribunais Superiores, bem como analisa o fenômeno do ativismo judicial frente a separação dos poderes. Esclarece no corpo do texto o paradoxo encontrado entre a efetivação do direito fundamental à saúde e o orçamento público, demonstrando as dificuldades encontradas na busca da materialização de tal direito.

**Palavras chaves:** Direito à saúde. Judicialização. Poder Executivo. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** Considering the large number of legal demands related to social rights, this study seeks to investigate the legitimacy of the Judiciary's performance in the implementation of public health policies. For that, it provides a brief history about the right to health in Brazilian federal constitutions, as well as analyzes the current health situation in the country, describing the Unified Health System and its guiding principles. Subsequently, it points the limits found in the substantiation of the right to health,



discussing the principle of separation of powers and emphasizing the importance of the principle of efficiency for good administration. The study explores the performance of the Executive Branch, analyzing critically its omission in the implementation of public health policies, giving rise to judicial intervention in the implementation of such policies. Finally, explain the increase in the judicialization in Brazil, demonstrating the position of the High Courts, as well as analyze the phenomenon of judicial activism in the face of separation of powers. It clarifies in the body of the text the paradox found between the implementation of the fundamental right to health and the public budget, demonstrating the difficulties encountered in the search for the materialization of this right.

**Key words:** Right to health. Judiciary. Executive power. Public policy. Judicial power.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSAGRADOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.2.1 A construção do conceito de saúde. 2.2.2 A saúde como direito de todos e como dever do Estado. 2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). 3 OS LIMITES DA SUBSTANCIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. 3.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 3.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A BOA GOVERNANÇA. 3.3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. 3.3.1 A garantia do mínimo existencial. 3.3.2 A reserva do possível. 4 O LIMITE ENTRE A ADEQUADA GESTÃO E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO. 4.1 A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE. 4.1.1 O ativismo judicial como forma de efetivação dos direitos sociais. 4.1.2 A intervenção do Poder Judiciário na busca da concretização das prestações garantidoras da saúde. 4.2 O DIREITO À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL BRASILEIRA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 constituiu um grande marco no ordenamento jurídico brasileiro, a inauguração de um sistema social nunca visto antes no país. O estudo da saúde, na qualidade de direito fundamental de segunda geração, é de extrema relevância para a sociedade, uma vez que abrange a todos os indivíduos sem qualquer distinção. A efetividade desse direito está diretamente relacionada à adequada gestão administrativa que se resume no grupo de atividades encarregadas de promover o exercício do poder com qualidade. As políticas públicas de saúde, maiores responsáveis pela substancialização desse direito constitucional, são implantadas pelo Poder Executivo em obediência as determinações legislativas constitucionais e infraconstitucionais. Todavia, a realidade brasileira reflete um cenário que se mostra omissivo e insatisfatório no que diz respeito à implementação de políticas públicas de saúde. É, então, que o Poder Judiciário,

no exercício de suas funções, é chamado a intervir na promoção da efetividade das políticas públicas de saúde.

Diante disso, a presente monografia busca compreender até que ponto é legítima a atuação do Poder Judiciário na definição de políticas públicas garantidoras do direito à saúde, diante da ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Para isso foi traçado como objetivo geral fazer uma análise do fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde à luz da ineficiência do Poder Executivo. Em decorrência desse objetivo geral, foram listados como objetivos específicos: a exposição da evolução histórica do direito à saúde nas Constituições brasileiras, bem como um aprofundamento sobre a saúde pública atualmente, face o princípio da universalidade e igualdade; demonstrar os limites encontrados na substancialização do direito à saúde; contrapor a adequada gestão pública ao fenômeno da judicialização da saúde.

Este estudo se justifica devido ao seu relevante caráter social, uma vez que o direito a saúde abrange todas as camadas da sociedade indistintamente; faz-se necessário entender de que forma se dá a ineficácia das políticas públicas satisfatórias do direito fundamental à saúde e se a intervenção judicial é mesmo a melhor forma de promover tais políticas de forma subsidiária, esclarecendo, inclusive, quais os limites (se houver) para a atuação do Poder Judiciário. Dessa forma, a análise do tema contribuirá para a superação dos obstáculos enfrentados pela sociedade na obtenção de prestação que efetivem o direito à saúde, a fim de colaborar para a difusão do tema, buscando facilitar o acesso aos serviços públicos de saúde, seja de forma administrativa ou judicial.

A metodologia utilizada neste trabalho tem sua linha de pesquisa caracterizada como descritiva, uma vez que possui o escopo de descrever um fenômeno, buscando observar fatos e interpretá-los. Quanto ao procedimento utilizado, a pesquisa é identificada como documental e bibliográfica, posto que se deu por meio de levantamento bibliográfico a artigos, livros, bem como sites que contêm o pertinente assunto, além de pesquisas jurisprudenciais, a fim de demonstrar quão atuais e corriqueiros são os casos de intervenção do judiciário nas demandas relacionadas à saúde. No que concerne ao tipo de abordagem do problema, a pesquisa será qualitativa, pois não tem o intuito de obter números no resultado, e sim compreender determinados comportamentos do grupo e o porquê de certas coisas.

Para melhor explanação do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos, os quais foram elencados da seguinte forma: o primeiro capítulo busca, inicialmente, fazer uma abordagem histórica da saúde nas Constituições Federais brasileiras, elucidando as dificuldades encontradas no caminho até sua consagração. Como todos os direitos sociais, o direito à saúde apareceu timidamente nas primeiras Constituições que se interessavam

em tutelar mais acentuadamente os interesses econômicos e políticos da época. Foi somente a Constituição Federal de 1988, com seu caráter social e democrático que fez da saúde um direito de todos e também um dever do Estado. O capítulo traz ainda o conceito de saúde, com vistas a encará-la da maneira mais abrangente possível, não a limitando, pura e simplesmente, a ausência de doenças. O tópico se encerra com a apresentação do Sistema Único de Saúde e seus princípios norteadores asseverando a descentralização e hierarquia dos entes federados quando da efetivação de políticas públicas, bem como enfatizando o cunho universal e igualitário de tal direito.

O segundo capítulo possui enfoque nas limitações encontradas na substancialização do direito à saúde. Inicialmente, discorre sobre o princípio da separação dos poderes, destacando a existência de funções típicas e atípicas de cada um deles, enfatizando o papel do Poder Executivo na efetivação de direitos sociais. O tópico é enfático ao destacar a importância do princípio da eficiência como pressuposto de uma boa governança voltada a desenvolver políticas públicas capazes de atingir com qualidade o maior número de pessoas. Posteriormente, expõe as dificuldades encontradas na efetivação do direito à saúde, fazendo um contraponto entre a garantia do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.

O terceiro e último capítulo vem expor a manifestação do fenômeno da judicialização na atualidade, principalmente no que diz respeito às políticas públicas de saúde. Inicialmente, define a judicialização como forma de atitude proativa do Poder Judiciário, diferenciando-a do ativismo judicial. Segue demonstrando a necessidade de intervenção do judiciário, quando da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo nas demandas envolvendo materialização das políticas públicas de saúde. Por fim, analisa o comportamento atual da jurisprudência brasileira em relação às ações que possuem por objeto demandas ligadas a saúde, elucidando a posição adotada pelos Tribunais Superiores acerca do tema.

## **2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No século XIX, com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil, inicia-se, discretamente, o investimento na saúde no país. Segundo Barroso (2007, p. 13), os investimentos feitos à época estavam ligados a erradicação das pestes e das epidemias, bem como a algum controle sanitário. É apenas no começo do século XX que o Estado passa a adotar o modelo “campanhista”, baseado no uso da força policial para buscar medidas mais eficazes no sentido de efetivar o direito à saúde. Nesse período, em que pese às campanhas para erradicar epidemias obtivessem resultados positivos, as medidas curativas eram desenvolvidas apenas por instituições filantrópicas e privadas. Posteriormente, apenas a partir da década de 30, é criado o Ministério de Educação e Saúde

Pública e com ele os Institutos de Previdência, oferecendo caráter curativo ligado às categorias profissionais desse Instituto, mais vinculados a interesses econômicos baseados em manter o trabalhador sadio, do que efetivamente garantir um sistema de saúde de qualidade.

Foi somente a Constituição de 1934 que inaugurou a legislação brasileira no que se refere ao direito à saúde, mesmo que ainda associado à saúde do trabalhador. As demais cartas constitucionais timidamente pontuaram sobre a efetividade de tal direito, discriminando a saúde da criança e a competência da União sobre a matéria relacionada à saúde, por exemplo. Contudo, foi somente a Constituição de 1988 que consagrou o direito à saúde como um direito social e inerente a toda e qualquer pessoa, sendo ele essencial para a formação da dignidade da pessoa humana.

## 2.1 A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS SOCIAIS CONSAGRADOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A primeira Constituição brasileira, datada de 1824, se consagrou em um período ainda marcado pelo imperialismo, pós Independência do Brasil. Foi outorgada por D. Pedro I, em uma época na qual a busca pelo equilíbrio entre as classes sociais que almejavam ao poder político, bem como a necessidade de legitimar o novo império desvinculado do Estado português, faziam parte dos anseios da sociedade. Considerada pelos historiadores e cientistas políticos como uma das mais liberais do seu tempo, a Constituição de 1824 estabeleceu o Poder Moderador, dando ao Imperador largos poderes administrativos e políticos, garantindo, dessa maneira, a autoridade do Monarca sobre os demais poderes. A Constituição de 1824 em nenhum momento elucidou os direitos sociais, muito menos o direito à saúde, até então esquecido aos olhos dos legisladores.

É o que apontam Ribeiro e Júlio (2010, p. 449):

[...] o Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador. Bonavides explica que o texto Constitucional de 1824 serviu de modelo para a Constituição de Portugal de 1826. Nessas Constituições, embora se tivesse a intenção de almejar os ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. Silva ensina que a Constituição de 1824 deu lugar aos Direitos do Homem no art. 179 (com seus 35 incisos que estabeleciam um rol de direitos e garantias), nos quais era declarado e garantido o direito à inviolabilidade dos direitos de liberdade, de igualdade, de segurança individual e de propriedade. O texto Constitucional chega a mencionar, no inciso XXIV do art. 179, que

“nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”, entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde.

A Constituição posterior, de 1891, foi a primeira Constituição Republicana do Brasil. Após a abolição da escravatura e a proclamação da república, o país passava por um contexto histórico diferente do anterior, já que a Monarquia já não possuía como base de apoio os fazendeiros do Vale do Paraíba. Mais uma vez a Constituição, embora apresentasse uma relação de garantias e direitos, como a liberdade e a propriedade, não fez qualquer referência ao direito à saúde (DALLARI, 1995, p. 26), em virtude da influência da ideologia liberal presente naquela época, bem como por conta da omissão referente aos direitos sociais.

Em 1934 foi promulgada a nova Constituição republicana, tendo como estímulo as revoluções constitucionalistas, após a República Velha. Tais revoluções estavam ligadas a ideias liberais e econômicas, e, assim sendo, trataram de avançar na consagração da separação dos poderes, além de fazer, pela primeira vez, menção expressa à saúde, tendo instituído a competência concorrente da União e dos Estados em relação à saúde e à assistência pública em seu artigo 10, inciso II: “Compete concorrentemente à União e aos estados: [...] II – cuidar da saúde e assistência pública” (BRASIL, 1934, p. 05).

Tendo a Constituição de 1934 durado apenas três anos, em virtude do golpe de estado concretizado por Getúlio Vargas em 1937, a nova Constituição, outorgada nesse ano, buscou legitimar largos poderes ao ditador, e, em contrapartida, tratou de violar diversos dos direitos humanos já instituídos. Conhecida como “Polaca”, possuía essência autoritária e centralista e, por isso, não trouxe nenhum novo direito fundamental; no campo dos direitos sociais, todavia, teve caráter progressista, trazendo vários avanços, como na ceara de direitos referentes ao trabalhador. No que diz respeito ao direito à saúde, estabeleceu a competência da União para legislar privativamente sobre “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança” (Art. 16, inciso XVII) (BRASIL, 1937. p. 03).

Assim explana Reissinger (2008, p. 21)

Na Constituição de 1934, a assistência médica e sanitária estava relacionada à legislação do trabalho (art. 121, § 1º, alínea h). Tratava-se de competência concorrente da União e dos Estados em cuidar da saúde, incumbindo a todos os entes federados a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a

morbidade infantil; higiene social a fim de impedir a propagação de doenças transmissíveis e o cuidado com a higiene mental.

Em 1946, após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil passou por um período de redemocratização, trazendo a fortificação dos Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo. Foi, então, instituída uma nova Constituição, que manteve a competência da União para legislar sobre saúde, bem como os ideais de melhores condições de trabalho para classe trabalhadora oriundos da Constituição de 1934. Nessa época, o direito à saúde estava diretamente ligado aos associados a sindicatos trabalhistas, estando à margem toda e qualquer pessoa que desenvolvesse trabalho informal, ou não obtivesse nenhuma fonte de renda, é o que mostra Marcos Aurélio Moretto (2002, p. 47):

trabalhadores na informalidade que não tinham acesso a esses institutos por não serem contribuintes. Eles eram atendidos por Unidades Sanitárias dos Estados em serviços de saúde com limitações nos níveis de complexidade. A internação hospitalar, para os não previdenciários, se davapagando-a ou dispondo de outro tipo de convênio, ou mais comumente, atendidos como "indigentes".

A Constituição de 1967, no que diz respeito ao direito à saúde, inovou apenas na delegação da competência da União para legislar sobre um plano nacional de saúde, mantendo o que havia sido instituído na Constituição de 1946. Embasada em um contexto histórico cercado pela ditadura, ela restringiu diversos direitos individuais e políticos da população. A revisão do texto constitucional se deu com a Emenda de 1969, que ratificou o regime totalitário e mais uma vez não fez grandes observações sobre o direito à saúde, apenas enfatizando que os municípios deveriam usar 6% do repasse da União para saúde. (RIBEIRO; JULIO, 2010, p. 451).

A Constituição Federal de 1988 foi, no entanto, um divisor de águas no que diz respeito ao tratamento da saúde como garantia constitucional. Nas palavras de Noronha e Pereira (2013, p. 19), "marco da redemocratização do país, estabeleceu garantias fundamentais a todo cidadão, institucionalizando seus direitos". De caráter eminentemente social e democrático, instituída após anos de ditadura militar, busca, por meio dos preceitos elencados, concretizar os ideais de fortalecimento da dignidade da pessoa humana e do esforço por uma sociedade efetivamente assistida. O direito à saúde passa a ser considerado direito de todos e dever do Estado.

Acrescente-se, então, que a Constituição de 1988 representa um importante marco para a substancialização do direito à saúde, inaugurando um novo cenário no seu tratamento e eficácia. A saúde é assumida em seu caráter fundamental na medida em que

passa a ser necessário, a partir do comando constitucional, tratamento normativo infraconstitucional que regulamente a sua implementação em totalidade.

## 2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde está inserido na ceara dos direitos sociais garantidos constitucionalmente, sendo uma prerrogativa indispensável assegurada à generalidade das pessoas, conforme o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais são:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2005, p. 283)

Desse modo, é notório que a Constituição Federal de 1988 ao consagrar o direito à saúde como direito social busca atingir a todos os cidadãos indistintamente, almejando dirimir as desigualdades, num fornecimento justo e impessoal de um direito tão essencial à vida do ser humano. Busca ainda, detalhar sua fiscalização, controle, regulamentação, e concede a possibilidade de ser exercido de diversas maneiras, podendo ser essas diretas ou indiretas, através de instituições públicas ou particulares, aspirando alcançar o maior número de pessoas.

### 2.2.1 A construção do conceito de saúde

Para discorrer sobre o direito à saúde é preciso conceituá-la, o que, como se verá, não é tarefa fácil. O conceito de saúde reflete o conjunto econômico, social, político e cultural em que se está tratando. Para Scliar (2007, p. 30), a saúde poderá ter conceitos diferentes, uma vez que pode ser analisada em lugares com variadas culturas, por pessoas com variadas convicções filosóficas, religiosas, científicas, que a partir do contexto em que estão inseridas elaborarão o conceito de saúde mais próximo da sua realidade.

O debate acerca da concepção de saúde se faz presente em diversos momentos da história da humanidade. Na Grécia antiga, Hipócrates defendia a ideia de que a saúde estava diretamente ligada à cidade e a atividade desenvolvida pelos habitantes, conforme

nos fala Maranhão (2003, p. 90). Já para Descartes (1973, p. 91), no século XVII, a saúde estava associada à ausência de doenças, o corpo humano funcionaria como uma máquina, baseado no dualismo mente-corpo. Desse modo, o conceito de saúde pode ser visto por dois ângulos, relacionado ao meio em que está inserido e as condições de vida do homem ou, simplesmente, pela ausência de doenças. É somente no final do século XVIII que a ideia de saúde contemporânea começa a surgir, com o advento de leis sobre a vigilância sanitária e a valorização do individualismo dominante, sendo oponíveis ao Estado. (REISSINGER; 2008, p. 26).

Até aqui não existia um consenso sobre a conceituação de saúde, fazia-se necessário uma organização que ligasse diferentes países capazes de, conjuntamente, construir um conceito ideal. A Organização das Nações Unidas vinha avançando nas discussões do tema com a Declaração Universal do Direito dos Homens e com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), mas foi só em abril de 1946 que a OMS, no preâmbulo de sua Constituição, definiu saúde como “o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de enfermidade” (OMS, 1946, p. 01).

A concepção de saúde proposta pela OMS constitui um reflexo do período pós Segunda Guerra Mundial; o fim do colonialismo, a ascensão do socialismo, foram marcos notáveis e influenciadores das sociedades da época. Ocorre que, a conceituação abstrata de saúde proposta pela OMS, assemelhava-se mais a um ideal utópico, imaginário, um tanto intangível, do que a um direito alcançável, pronto a estar efetivado, buscando proporcionar melhor qualidade de vida aos cidadãos. Nesse mesmo sentido, Andrade e Andrade (2010, p. 02), afirmam que esse conceito de saúde, “construído após a Segunda Guerra Mundial, aponta mais para uma utopia a ser perseguida do que para uma possibilidade real alcançável, que para alguns bioeticistas atentaria contra as próprias características da personalidade.”

No Brasil, a Lei nº 8.808/90, Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990, p.01), que define as diretrizes para organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde em seu artigo 3º assevera que:

Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo Único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às



peças e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Compreende-se, dessa maneira, que a manutenção da saúde está condicionada a diversos fatores, como alimentação, lazer, meio ambiente, todos eles determinantes para a preservação do bem-estar físico e mental do indivíduo, ou seja, ligadas ao aperfeiçoamento da qualidade de vida, essa última relacionada à somatização de direitos humanos individuais, com direitos do meio ambiente.

Portanto, percebe-se que a saúde é um ponto de justiça social e cidadania, não sendo apenas um estado biológico estático desvinculado do ambiente e das situações em que estão inseridos os indivíduos, mas sim, como consagra Pepe (2010, p. 81), um completo estado de bem-estar social calcado na qualidade de vida física, mental e social, determinada pela conjuntura social, econômica e cultural de determinado país.

### **2.2.2 A saúde como direito de todos e como dever do Estado**

A Constituição Federal estabelece no art. 196 que a saúde é “direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, p. 139). Essencial é a análise de cada componente desta norma.

Quando mencionado como direito de todos, é possível reconhecer tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Como nos assevera Mahler (1981, p.5-25, apud DIAS, 1986, p. 69), a saúde para todos inclui a possibilidade de colocá-la ao alcance de cada indivíduo em um país determinado, obrigando o Estado a eliminar os obstáculos que a opõem. A saúde para todos, portanto, inclui melhores condições de vida e novas oportunidades, não se limitando apenas a assistência médica gratuita. É possível perceber que a ideia apontada alhures está relacionada ao potencial de universalidade do direito à saúde, com o intuito de que os níveis de desigualdades no atendimento da população não sejam uma realidade incontestável, mas sim um obstáculo ao objetivo de proporcionar a todas as camadas da sociedade, mesmo diante da sua diversidade, o acesso efetivo as políticas públicas de saúde.

Para garantir tal efetivação, bem como a eficácia e a aplicabilidade ideal do direito à saúde, a Constituição utilizou-se de normas pragmáticas, que, conforme Diniz (1998, p. 371) são definidas como:

aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem

cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado.

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva define normas pragmáticas como:

aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1999, p. 138)

Dessa maneira, o direito à saúde, entendido como forma de manifestação de norma pragmática, busca conciliar interesses antagônicos, apresentando conteúdo social e obrigando os órgãos públicos, na medida em que apontam as diretrizes que esses devem seguir. No entanto, limitar a diretriz constitucional à norma puramente pragmática é negar a força normativa da Constituição, força essa que busca dar a Carta Magna sua máxima efetividade.

O que também deve ser ressaltado é a qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública, partindo da premissa "saúde é direito de todos". Na verdade, o que se busca aqui é que a Administração se preocupe com a eficiência e não apenas com a extensão atingida por esses serviços. Sendo assim, quando um cidadão delega a políticos e governantes parte do exercício do seu poder, poderá exigir um desempenho eficaz dos administradores públicos.

Seguindo a análise do artigo supracitado, quanto à expressão "dever do Estado", é possível observar que mais do que um direito fundamental à saúde, a Constituição prescreve o dever fundamental à prestação de serviços de saúde por parte do Estado, devendo essa prestação se basear na concretização de políticas públicas que almejam a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

Para cumprir o seu dever de prestação de direitos sociais, incluindo nessa ceara o direito à saúde, o Estado se utiliza de políticas públicas capazes de viabilizar a concretização dos valores e objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Entende-se por políticas públicas a soma das medidas criadas pelo governo que buscam produzir efeitos específicos e influenciam a vida dos cidadãos; para isso o Estado utiliza, em maior parte, a máquina pública, mas também conta com as delegações concedidas a particulares. Nesse mesmo sentido, Souza (2006, p. 24) afirma que depois de

serem desenhadas e formuladas, as políticas públicas passam a se tornar planos, metas, programas, que quando postas em ação ficam sujeitas a sistemas de acompanhamento e avaliação.

Dessa forma, as políticas públicas de saúde relacionam-se com as ações do governo que regulam e organizam as funções públicas destinadas ao fornecimento da saúde entre os cidadãos. A busca por esse fornecimento e a tentativa de torná-lo efetivo estampam um dos objetivos da Constituição democrática, que ao instituir a Seguridade Social como padrão de proteção a ser institucionalizado no país, passa a tutelar a saúde e a ampliar os debates acerca das políticas que atingem esse tema, passando essas a serem “amplamente discutidas e definidas com vistas ao reordenamento setorial necessário ao cumprimento dos preceitos constitucionais” (AGUIAR et al, 2004, p.11)

Em relação ao fato de ser garantido mediante políticas sociais e econômicas é destacada a imprescindibilidade de políticas públicas que visem concretizar o direito à saúde através de diversas alternativas. As políticas devem visar à redução do risco de doenças e de outros agravos evidenciando sua face preventiva, abrangendo desde saneamento básico ao acesso à água potável.

As políticas devem visar acesso universal e igualitário, para isso, os entes da federação são solidariamente responsáveis em garantir a igualdade da assistência à saúde. Os Municípios, Estados, e também a União, precisam estar aptos a efetivar o direito à saúde, cada um na medida de suas responsabilidades. Corroborando a ideia de descentralização Gerschman e Viana (2005, p. 318) afirmam que:

No que se refere à descentralização, a Constituição de 1988 define o papel da União, dos estados e municípios no sistema de saúde, que passa a ter como eixo a descentralização na formulação e implementação da política de saúde, dos recursos financeiros e, fundamentalmente, dos serviços e ações de saúde nos estados e municípios.

A busca pela substancialização da saúde no país se dá em todo o território nacional, no escopo de atingir a universalidade de indivíduos de maneira igualitária. A igualdade, no entanto, encontra vários impasses no caminho, principalmente em virtude da diferenciação na forma em que são executados os projetos de saúde em todo o território. O que ocorre, na maioria das vezes, é o grande investimento de recursos em determinadas regiões em detrimento de outras, ou, dentro de um mesmo estado, maiores investimentos em um município em detrimento de outro.

A descentralização no que se refere aos municípios opera favorecendo os pequenos municípios (com menos de cinco mil habitantes) e os muito grandes (com mais de quinhentos mil habitantes). No caso dos menores, isso poderia ser explicado como incentivo aos programas de atenção básica, agentes comunitários de saúde e ao Programa Saúde da Família. Nos maiores, há cada vez mais uma extensa população com condições de vida extremamente precárias, com perigo constante de extensão de doenças e epidemias às populações mais abastadas das grandes cidades, para as quais a extensão dos programas de atenção básica pode se tornar paliativo. (GERSCHMAN; VIANA, 2008, p. 329-330)

O que se pode observar, em vista disso, é que os problemas de eficácia social do direito à saúde são na maioria das vezes ligados à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, sendo assim, a problemática possui maior foco na execução do que no estabelecimento e criação de projetos.

Embora o direito à saúde preceitue o acesso universal e integral, e seja de intrínseca responsabilidade dos gestores, por meio de políticas públicas, seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, o cenário principal é de omissão dos Poderes Públicos. Após quase três décadas de consagração da Constituição mais social da história, o que se vivencia é uma verdadeira simbologia constitucional, posto que, por muitas vezes, as políticas públicas de saúde não passam de mera expectativa de direito.

O atual contexto é de precariedade e insuficiência quanto à assistência à saúde pública, o que é ratificado pela incapacidade operacional do sistema único de saúde, resultado da má administração dos recursos possíveis e existentes, falhas na administração pública, além da usurpação de verbas públicas destinadas a saúde. O cenário da saúde no Brasil evidencia um complexo de problemas culturais, estruturais e econômicos que evidenciam o quanto é difícil sanar as dificuldades que obstam uma adequada prestação desse direito de natureza constitucional.

### 2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A ideia de saúde como direito de todos e dever do Estado resultou na concepção de que todas as pessoas têm direito assegurado à saúde, resultando, então na proposta do Sistema Único de Saúde. A saúde passa agora a ser vista como uma questão de cidadania, não estando condicionada sua propositura a qualquer outro direito, como previdência social, condição de pobreza, classe trabalhista, etc.

A criação do SUS evidenciou uma grande evolução entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988. Em 1990, foi editada a Lei 8.080 que traçou as diretrizes e os princípios do SUS e dispôs, em seu artigo 1º, a regulação em todo território nacional das ações e dos serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado (BRASIL, 1990, p. 01).

Tendo em vista a execução de políticas públicas de saúde a Constituição Federal estabeleceu um modelo básico de organização e procedimento que veio a abarcar todas as ações e serviços públicos de forma regionalizada e hierarquizada. A regionalização para Paim (2009, p. 48):

Representa a articulação entre os gestores estaduais e municipais na implementação de políticas, ações e serviços de saúde qualificados e descentralizados, garantindo acesso, integralidade e resolutividade na atenção à saúde da população. Significa organizar os serviços de saúde em cada região para que a população tenha acesso a todos os tipos de atendimento.

A regionalização, dessa maneira, viabiliza a distribuição dos estabelecimentos de saúde em determinado território, de uma forma que os serviços básicos se encontram descentralizados, já os especializados encontram-se centralizados.

De acordo com a Constituição, o SUS é organizado a partir de três diretrizes: A descentralização, que significa a distribuição da gestão do sistema de saúde entre os municípios e o repasse de verbas da União; o atendimento integral, relacionado ao modo de cuidar das pessoas, envolvendo a promoção, a proteção e a recuperação da saúde; e a participação da comunidade, como uma forma de democratização dos serviços e das decisões relacionadas à saúde. (PAIM, 2009, p. 50)

O Sistema Único de Saúde funciona de uma única maneira em todos os Estados da Federação. Para isso, foi preciso estabelecer princípios norteadores que suplementam o direito à saúde a todo e qualquer cidadão, sendo um dever do Estado: a equidade, a qual acentua não serem as diferenças individuais obstáculos para o consumo de bens e serviços de saúde; e a integralidade, segundo a qual as ações de saúde não podem ser divididas em compartimentos por efeito da integralização do ser humano.

De acordo com Noronha et al (2014, p. 367), "o acesso universal é a expressão de que todos têm o mesmo direito de obter as ações e os serviços de que necessitam independentemente de complexidade, custo e natureza dos serviços envolvidos". Sendo assim, a universalidade visa a um atendimento indiscriminado, de forma que as condições

socioeconômicas da população e a introdução no mercado de trabalho não signifiquem acesso diferenciado aos serviços.

A equidade vista atualmente como a igualdade na assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, para os supracitados autores nada mais é do que a ratificação do princípio anterior, reafirmando a igualdade no acesso aos serviços de saúde, não sendo aceitável que motivos como cor, gênero, religião ou renda, sejam determinantes para disponibilizar ou não determinados serviços a algumas pessoas e a outras não. (NORONHA et al, 2014, p. 367)

Já a integralidade relaciona-se com "um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema". (NORONHA et al, 2014, p. 368). A integralidade acaba por buscar que as ações voltadas para promoção e prevenção da saúde estejam associadas à assistência ambulatorial e hospitalar para que haja um melhor diagnóstico, tratamento e reabilitação.

Quanto à competência para cuidar da saúde no Brasil, os entes federativos são solidariamente responsáveis pela efetivação de condições que permitam o seu pleno acesso, a solidariedade passiva dos entes públicos (União, Estado e Municípios) resta evidente na leitura do art. 198, caput e parágrafos, da CRFB, quando afirma que "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único" e que o Sistema Único de Saúde será financiado com recursos do orçamento da "seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes" (BRASIL, 1988, p. 141). Ressalta-se que a maior parte do serviço prestado pelo Sistema Único de Saúde se dá pela participação do Município, uma vez que esse se encontra mais próximo da sociedade, conhecendo as realidades que afetam mais diretamente a população, tendo, então, maiores condições de aplicar os recursos devidos.

É importante destacar, contudo, que mesmo sendo um sistema eminentemente público, o SUS pode ser integrado pela rede privada, por meio de convênios ou contratações celebradas entre os particulares e os órgãos públicos. Ressalta-se, no entanto, que essa participação se dá de forma complementar, sendo da Administração o dever de instrumentalizar melhores formas de atendimento. Sobre a intervenção privada no Sistema Único de Saúde ponderam Mendes e Branco (2016, p. 692):

A possibilidade de atuação de entidade privada é boa opção pra um sistema de saúde pautado pela descentralização e pela escassez de recursos, em que a consequência imediata é a necessidade da busca por alternativas para sanar deficiências orçamentárias. Nesse quadro,

especial relevância assumem os denominados para organismos do terceiro setor, como as Organizações da sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações Sociais. Trata-se de promissora experiência que tem avançado em uma perspectiva auspiciosa.

Assim sendo, intitulado como um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, o SUS abarca desde simples atendimentos, até realizações de cirurgias e transplantes em todo território brasileiro, buscando garantir acesso integral, universal e gratuito a toda a população do país. Logo, inegável é a importância e a abrangência do SUS no Brasil, baseado num federalismo cooperativo, a efetivação real do que é idealizado pelo sistema só será possível mediante distribuição mais equânime das receitas tributárias entre os entes federados, geridas de maneira responsável.

### **3 OS LIMITES DA SUBSTANCIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Até aqui foi possível definir a saúde, entendendo-a como um direito fundamental inerente a todo e qualquer indivíduo. Elencada como direito social, a saúde tem o Estado como maior fonte de promoção de políticas responsáveis pela sua concretização, não possuindo no simples reconhecimento legal elemento suficiente para sua substancialização.

O Poder Público deve, então, utilizar-se de medidas concretas e bem definidas que sirvam de instrumento para garantia dos direitos sociais possibilitando o elo entre o indivíduo e a atuação do Estado. É importante ressaltar o fato dos Poderes Legislativo e Executivo serem os encarregados pela materialização dos direitos sociais, utilizando-se para isso de políticas públicas capazes de observar as necessidades da coletividade. (SALES J.; PACHÚ C., 2015, p.30).

Para que ocorra uma efetivação da saúde pública, a Administração necessita ser bem gerida e organizada. O Poder Executivo, por meio de um serviço eficiente, deve promover o acesso da população a locais e a profissionais competentes, atuando no sentido de prevenir e tratar doenças, garantindo uma vida digna a todos. O que se tem, no entanto, é a obstacularização do acesso à saúde face ao limitado orçamento estatal, bem como a má distribuição dos recursos públicos, resultando, desde logo, num entrave que atinge a toda população; a carência no serviço público de saúde, a superlotação de hospitais, a falta de medicamentos nos postos, o número inexpressivo de profissionais especializados, tudo isso se torna um embaraço a valorização da dignidade humana.

### 3.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Antes de entender o princípio da separação dos poderes, faz-se necessário compreender o que vem a ser poder. Para Ferreira, (2000, p. 541) poder é definido como “ter força, ter possibilidade de, dispor de força ou autoridade, ter força física ou moral, direito de deliberar, agir, mandar, domínio, capacidade, aptidão, função do Estado relativa a suas formas distintas e exercida pelos órgãos competentes”. Visto como extremamente necessário dentro de uma sociedade, o poder é essencial para regular o comportamento dos indivíduos inseridos na coletividade.

Dirley da Cunha Júnior afirma que o poder é dotado de duas características: é um fenômeno social, uma vez que só pode ser desempenhado em âmbito social, pois individualmente não é possível de ser exercido; e é sempre bilateral, haja vista brotar da somatização entre a vontade dos dominantes e a vontade dos dominados (CUNHA JÚNIOR, 2013, p. 522).

Assim sendo, o poder é visto como um fenômeno sócio-cultural. Na visão de José Afonso da Silva:

“Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas.” (SILVA, 2005, p. 106)

Já Cunha Júnior (2013, p. 522) assevera que “o poder político como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela ‘capacidade de impor’, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada.”. Dessa forma, pode-se entender que quando inserido dentro de uma sociedade, um indivíduo se sujeita a observância de normas de controle social, derivados do poder a quem aquela está submetido; poder esse que exige certas atitudes e comportamentos muitas vezes dispendiosos de quem a ele se encontra subordinado.

O poder político funciona de maneira superior a todos os outros poderes, uma vez que essas outras instâncias estão, por meio do fenômeno sociocultural, a ele submissas e, por meio do Estado, possuem sua territorialidade controlada. Para isso, o Estado, que não possui vontade própria, revela por meio de seus órgãos a vontade humana, como nos ensina Silva (2005, p. 107). Esses órgãos classificam-se em supremos, os quais se encarregam do exercício do poder político; ou dependentes, que possuem natureza administrativa.



Como salientado, o poder político é uno e indivisível, no entanto a sua manifestação se dá por meio de diferentes funções. O que se divide, portanto, não é o poder, mas sim as funções que lhes são determinadas. É nesse diapasão que se insere o que se denomina Princípio da Separação dos Poderes; esse fenômeno consiste na divisão das funções estatais entre os distintos órgãos do Estado, em virtude da precisão de oportunizar a distribuição de tarefas que resultem numa melhor satisfação dos interesses da coletividade.

Antes de prosseguir no estudo da separação dos poderes, faz-se necessário entender um pouco o surgimento dessa teoria. Dalari (1998, p. 78), em sua abordagem histórica, relata que o antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra respaldo em Aristóteles, esse argumentava a impossibilidade da completude do poder, haja vista considerar injusta e perigosa a concentração de poder nas mãos de um só indivíduo, além de prever problemas relacionados à eficiência. Aristóteles, no entanto, não trouxe a questão da funcionalidade, sendo ela retratada fortemente na obra “O Príncipe” de Maquiavel, o qual já mencionava a existência de três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. Doutrinariamente, apenas Locke no século XVII traz uma sistematização da separação dos poderes, mas é só Montesquieu que consagra a teoria conhecida atualmente, com a instituição de três poderes harmônicos e independentes entre si, conceituado em quase todas as Constituições do mundo. Nas palavras de Montesquieu (2000, p. 168):

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Na discussão contemporânea acerca do tema, Dalari (1998, p. 78) afirma que é pacificado o entendimento de que o Estado é uno e indivisível, existindo vários órgãos exercendo o poder soberano do Estado, sem que isso afete a unidade do poder. Enfatiza ainda, a distinção entre os termos poder e função, destacando ser essas últimas as divisíveis e realizadas por diferentes poderes.

Magalhães (2009, p. 03) narra à necessidade de existir

um mecanismo que evitasse essa concentração de poderes, na qual cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos. Esse mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a criação de freios e contrapesos, em que esses três poderes que reunissem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar.

Como se vê, o sistema de separação dos poderes acabou por ser associado à ideia de Estado Democrático e com isso fez surgir à construção doutrinária do sistema de freios e contrapesos. Em breve explanação sobre o tema, Dalari (1998, p. 79) afirma que para essa teoria, duas são as espécies de atos praticados pelo Estado; os atos gerais e os atos específicos, aqueles só podem ser praticados pelo poder legislativo, compostos pelas regras gerais e abstratas, com efeitos "erga omnes". Somente após a emissão das normas gerais é que é aberta a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais, para isso o executivo se utiliza de meios concretos para agir em casos específicos.

Como se observa as diversas funções são atribuídas ao Estado e faz com que esse se divida, por meio de um sistema de freios e contrapesos, em três grandes poderes tão bem conhecidos, o encarregado pelas funções legislativas, o que organiza as funções administrativas e o responsável pelas funções judiciais.

Nesse diapasão é que se dá a consolidação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e a instituição das funções a serem desempenhadas por cada um. Salienta-se que o princípio da divisão dos poderes baseia-se em dois elementos principais: a especialização funcional e a independência orgânica. O primeiro fundamenta-se na ideia de que cada órgão é especializado no exercício de uma função; e o segundo norteia-se na efetiva independência de um órgão para com o outro, como ensina Silva (2005, p. 109).

Importante lembrar que a especialização funcional está diretamente ligada à existência de funções típicas e atípicas de cada poder. Entende-se por função típica aquela que é em sua natureza inerente ao órgão. Já a função atípica é aquela exercida por um órgão, mas não faz parte da natureza essencial do mesmo. À vista disso, cada um dos órgãos se especializa em uma determinada atividade, a fim de que essas sejam mais bem desempenhadas. Quanto à independência orgânica, destaca-se que os poderes são autônomos entre si, não havendo necessidade de intervenção de um no funcionamento do outro, a não ser que haja precisão, posto que os poderes possuem funções predominantes, mas não exclusivas.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, estabelece que os três Poderes por ela estabelecidos sejam independentes e harmônicos entre si, para Moraes (2003, p. 295):

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um,

fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

O Poder Executivo, quando da distribuição das funções, obteve como principal atribuição a chefia de Estado, a chefia de Governo e a chefia de Administração, sendo exercido a nível nacional pelo Presidente da República. O poder executivo possui como função típica a administração pública do Estado em observância as leis do país, promovendo o bem do povo. No exercício de suas funções atípicas, o supracitado poder pode desempenhar funções de natureza legislativa, é o que ocorre com a edição de Medidas Provisórias, bem como no veto do Presidente da República; e de natureza jurisdicional, na medida em que aprecia defesas e recursos administrativos ou quando estabelece multas de trânsito.

O Poder Legislativo, na ceara nacional, é disposto na forma do sistema bicameral, formado pelo Congresso Nacional, a fusão do senado Federal e da Câmara dos Deputados, sendo um reflexo da vontade do povo e dos estados. A função típica desempenhada por esse poder é a de legislar, criar e aprovar leis, a capacidade legiferante por ele desenvolvida é primordial na organização da sociedade e do ordenamento jurídico. Além disso, o legislativo promove a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Na atribuição de suas funções atípicas, o poder legislativo é responsável pela organização, preenchimento de seus cargos, funcionários, matéria de natureza eminentemente executiva. No que diz respeito à natureza jurisdicional, o legislativo, por meio do Senado Federal, julga o Presidente da República, nos casos dos crimes de responsabilidade, por exemplo.

Por fim, o Poder Judiciário compõe a estrutura dos três poderes, possuindo como principal função interpretar e julgar as demandas que chegam até ele em consonância com a Constituição Federal e as legislações esparsas, visando resolver conflitos por meio de decisões que deverão ser cumpridas ainda que coercitivamente. Já como função atípica, tem iniciativa legislativa, tarefa do poder legislativo, bem como organiza o seu pessoal interno, função esta do poder executivo. Destaca-se que integram o poder judiciário, a nível nacional, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, bem como os Tribunais Regionais Federais.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A BOA GOVERNANÇA

A Administração Pública, como aparato voltado a alcançar fins previamente estabelecidos, se utiliza de princípios que orientam o manejo do direito público, voltando-se a alcançar resultados cada vez mais concretos e próximos ao que se chama de boa administração.

O princípio da eficiência, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional de 1998, veio elaborar um modelo de administração voltada para um controle de resultados na atuação estatal (BRASIL, 1988, p. 33). Meirelles (2000, p. 98) define esse princípio como sendo aquele que “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

O princípio da eficiência é direcionado a toda a Administração Pública e possui diferentes interpretações, uma ligada a atuação do agente público e outra relacionada à estruturação e organização da Administração Pública, visando alcançar os melhores resultados na gestão pública, tendo em vista a promoção do bem comum da forma mais adequada possível.

O dever de boa administração atribuí ao governo a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, é o que assevera Gasparini (2003, p. 86). O desempenho deve ser rápido de uma forma a agradar os administrados tanto em suas individualidades, quanto no que concerne à coletividade, não sendo justificado qualquer tipo de procrastinação que poderá levar a indenização dos prejuízos causados a todos os lesados. As atribuições devem buscar a perfeição e para isso precisam se valer de técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível. Quanto ao rendimento, as atribuições buscam resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade, procurando atingir o maior número de beneficiados.

Ressalta-se que a eficiência não se confunde com a efetividade nem com a eficácia, essa última relaciona-se com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração, sendo, dessa forma, instrumental, já a efetividade diz respeito aos resultados obtidos com as ações administrativas. Nesse mesmo raciocínio Chiavendo (1994, p. 70):

eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. (...) A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível (...).

Assim sendo, é possível associar os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade a concretização do direito à saúde. De acordo com Ferreira (1999, p. 11) a eficiência está associada a utilização dos recursos que estão em disponibilidade da melhor forma possível, com o objetivo de evitar desperdícios dos tais recursos; a eficácia diz respeito ao

desenvolvimento das ações produzidas na busca de alcançar os melhores resultados, especialmente em relação ao número de pessoas atendidas e ao número de ações oferecidas no sistema de saúde; a efetividade, por sua vez, busca obter alterações concretas na situação da saúde, baseando-se nos objetivos que são propostos pela gestão.

Deste modo, o princípio da eficiência é a busca por resultados positivos com o mínimo de gastos possíveis, tratando-se de norma de aplicabilidade imediata, imposta a toda a Administração Pública. Na mesma linha de raciocínio preleciona Mendes e Branco (2016, p. 890), "A atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente. Trata-se de um alerta, de uma advertência e de uma imposição do constituinte derivado, que busca um Estado avançado, cuja atuação prime pela correção e pela competência". Deste modo, a eficiência na Administração está intimamente ligada à governança que aqui é analisada como um problema das relações nacionais, tendo sua importância para a garantia da saúde como direito fundamental, aliança da nova gestão pública com a democracia liberal. É essa a visão crítica dada por Mello (1999, p. 92):

Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e tão difícil o controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. (...) Finalmente, este princípio é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado há muito tempo no Direito italiano: o princípio da boa administração.

É importante esclarecer que governança não é o mesmo que governo, sendo aquela mais ampla, abrangendo além das instituições governamentais mecanismos de caráter não governamental, responsáveis pela conduta determinada das pessoas e das organizações dentro da sua área de atuação. Como aponta Rosenau (2000, p.15-16):

Governança é um fenômeno mais amplo que governo; abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas.

A governança se divide em governança corporativa, governança tributária, governança de obrigações acessórias. A governança corporativa possui relação com boas práticas de gestão, ética e responsabilidade corporativa e cumprimento à legislação em vigor. A governança tributária trata dos procedimentos que são utilizados pelas empresas para conduzir seu processo de gestão, visando ter um controle e revisão dos

procedimentos tributários. A governança de obrigações acessórias advém da governança tributária e possui como objetivos a diminuição dos riscos empresariais e a penalização proveniente da falta de controle. É nessa perspectiva que podemos falar em governança pública, uma vez que essa é proveniente do termo governança corporativa, sendo relacionada ao conjunto de práticas que tem o escopo de regular a administração e controlar as instituições. No mesmo entendimento Pereira (2010, p. 113):

A governança pública “pode ser entendida como o sistema que determina o equilíbrio de poder entre todos os envolvidos numa organização – governantes, gestores, servidores, cidadãos – com vista a permitir que o bem comum prevaleça sobre os interesses de pessoas ou grupos”

A boa governança vem buscar, portanto, a produção de resultados eficazes, e isso se faz necessário principalmente dentro da Administração Pública, uma vez que cabe ao Estado implementar políticas públicas capazes de efetivar as metas coletivas. A boa governança, entende-se, não é uma recomendação ao administrador público e sim um direito fundamental do indivíduo.

Como elementos destinados a uma governança mais democrática, Monteiro (2014, p. 03), citando o Livro Branco da Governança Europeia, destaca a abertura (maior transparência possível dos atos dos administradores públicos), a participação (empenho de várias frentes políticas para atingir as metas públicas), a responsabilização (atribuições tanto no Executivo, quanto no Legislativo), a eficácia (maximização dos resultados esperados pelos atos administrativos), e a coerência (as medidas devem ser lógicas, adequadas e compreensíveis).

É importante ressaltar que a boa governança como direito fundamental, torna possível a existência de direitos da quarta geração, estando atrelada ao fato de defender a busca de maneira mais responsável, ética e comprometida com a gestão pública do direito democrático.

### 3.3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A saúde é um atributo essencial à qualidade de vida do homem e o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, está comprometido com a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

Percebe-se que a saúde é apreciada pela Constituição Federal de 1988 como um direito social e fundamental, assim sendo cabe aos Poderes Legislativo e Executivo amparar a população, buscando efetivar tais direitos. O direito à saúde relaciona-se

diretamente com o bem-estar e a dignidade humana, devendo ser fornecido de forma universal e igualitária, não servindo somente como norma constitucional, mas como direito realmente efetivado e levado aos casos concretos.

Para garantir a efetividade do direito à saúde é preciso somar esforços, essa conjuntura se dará a partir da prevenção e da promoção. É nessa perspectiva que Castro (2005, p. 01) expõe a tutela do direito à saúde, como portadora de duas faces; uma genérica, voltada a políticas de redução de risco de uma determinada doença, sendo essa a preservação e outra caracterizada como um direito individual, relacionando-se a tratamentos de uma determinada pessoa, a de proteção.

Nesse mesmo diapasão, Dirley da Cunha Junior preleciona que o direito à saúde “compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, como por evitar que ele se torne doente. Aqui também a Constituição se preocupou em resguardar os recursos públicos necessários à efetivação desse direito fundamental” (CUNHA JUNIOR, 2013, p.732).

Assim sendo, o direito fundamental à saúde esbarra na atualidade com a melhor forma com que se dará sua efetivação. Como todos direitos de segunda dimensão, impregnado de caráter social, a saúde enfrenta o seguinte disparate: a insuficiência de recursos orçamentários face às grandes necessidades da população, as quais, aliadas aos problemas de gestão na administração pública, acabam se revelando poderosos entraves à concretização desse direito.

Como visto anteriormente, o Poder Público, na busca de melhor oferecer o serviço e atingir um número maior de pessoas, possibilita aos órgãos particulares a faculdade em ofertar serviços de caráter público no que concerne à saúde, desde que respeitados os ditames constitucionais. Acontece que hodiernamente, a saúde tem sido encarada como um produto comerciável para quem pode financiá-la, uma vez que o particular pode, a nível complementar, contribuir na garantia de tal direito, atingindo a universalidade de forma limitada, posto que grande parte da população depende única e exclusivamente do SUS, o que acaba por omitir e negligenciar o direito à saúde.

Incontroverso é que as complicações na efetividade do direito à saúde se dão, entre outros motivos pela má utilização dos recursos públicos que são destinados a essa esfera. E ressalta-se que a incumbência dessa utilização abrange o Estado, o gestor público, o prestador de serviço público, o profissional de saúde, ou seja, todos os que de certa forma contribuem para a real efetivação da saúde pública.

### 3.3.1 A garantia do mínimo existencial

A ideia de mínimo existencial surgiu na Alemanha, em 1954, baseando-se no reconhecimento do auxílio material disponibilizado pelo Estado para a sobrevivência do indivíduo carente, como direito subjetivo. Adotado, posteriormente, em boa parte dos Estados Democráticos de Direito, no Brasil norteia-se na preservação e garantia das condições e exigências de uma vida digna.

De acordo com Toledo (2017, p. 104), na Alemanha, adota-se majoritariamente a matéria proposta por Robert Alexy, delimitando o conteúdo do mínimo existencial aos direitos fundamentais sociais mínimos, como direito à educação fundamental, média e profissionalizante, direito à moradia simples e direito a um patamar mínimo de assistência médica. Continua a autora afirmando que no Brasil não há convergência na delimitação do mínimo existencial, estando esse relacionado apenas a direitos fundamentais sociais, para alguns doutrinadores; para outros, contudo o mínimo existencial pode ser observado também pelo aspecto tributário, como por exemplo, a não incidência de impostos no que se refere a direitos sociais mínimos.

Para poder obter uma boa noção de mínimo existencial é necessário entender o que vem a ser dignidade da pessoa humana, uma vez que aquele está intimamente ligado a garantia de uma vida digna. Conforme Sarlet (2002, p. 26), dignidade é:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana é inerente a todo e qualquer indivíduo, sendo concretizada pelo fornecimento dos recursos necessários para manter a mínima qualidade de vida. Qualidade essa ligada a instituição de direitos que fazem do ser humano um ser personificado, com necessidades a serem supridas e com a individualização de cada uma delas. O mínimo existencial, portanto, é o conjunto dos direitos fundamentais mínimos, vinculados a Constituição, e que não necessitam de qualquer lei para sua aquisição, sendo um caminho para a melhor satisfação da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, como visto alhures, abrange, em sua maioria, os direitos de



segunda geração, como os direitos sociais, econômicos e culturais, abarcando, inclusive, o direito à saúde. Como se sabe os direitos de segunda geração possuem caráter pragmático, devendo o Estado se empenhar em desenvolver programas para que esses direitos possam atingir indistintamente os indivíduos. Como nos mostra Cunha Júnior (2013, p. 724):

Os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um 'facere', consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos naturais indispensáveis para uma existência digna, com providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.

O Estado, dessa maneira, é chamado, desde logo, a atuar no sentido de propiciar aos indivíduos condições mínimas para sua sobrevivência. Não seria diferente, partindo do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 tem caráter eminentemente social, voltado para o bem-estar do indivíduo. Aqui não se fala em bem-estar baseado na qualidade de vida isonômica, mas na ideia de um limite de dignidade, o qual ninguém deve ficar descoberto.

Fato é que raramente poderá se constituir uma vida digna sem apreciação da saúde em todas as suas formas. Saúde e vida são conceitos intimamente ligados e não há como desvincular o ideal de garantias mínimas de sobrevivência a efetivação da vida saudável. Nas palavras de Cretella Júnior, citando Zanobini (1996, p. 4331):

nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento.

Em vista disso, percebe-se que a omissão do Estado quando da necessidade de efetivar direitos referentes à garantia do mínimo existencial, resulta em clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que, conseqüentemente, legitima o judiciário a intervir nos casos em que a Administração Pública, por inércia ou deficiência, deixa de viabilizar os direitos constitucionalmente estabelecidos.

Nesse ínterim, observa-se de um lado a precariedade na tutela da saúde como direito fundamental, assegurado como mínimo necessário para existência e manutenção de vida digna e de outro, a presença cada vez mais forte de ações judiciais propostas pelos cidadãos como forma de garantir tal direito. É a utilização do Poder Judiciário como porta de entrada para garantia do mínimo existencial.

Como se percebe até aqui, o Estado, por meio de atitudes positivas, busca efetivar direitos sociais completamente indispensáveis para o oferecimento de uma vida digna aos cidadãos, garantindo a plena eficácia desses direitos, dentre eles a saúde. Um dos argumentos utilizados como obstáculo para essa efetivação é a escassez de recursos por parte da Administração Pública, essa entendida como a incapacidade de satisfazer todos os direitos necessários aos indivíduos, fato que influencia diretamente na garantia do mínimo existencial. É, então, que surge a ideia de reserva do possível.

### **3.3.2 A reserva do possível**

Criado na Alemanha, nos anos 1970, o princípio da reserva do possível assevera o fato de que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto, ou seja, os direitos previstos no ordenamento jurídico serão assegurados, desde que existam os recursos públicos destinados a tal finalidade. É o que acentua Silva (2007, p. 26), “o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis”.

A doutrina brasileira, não difere do direito germânico, e utiliza da reserva do possível para indiscriminadamente obstacularizar a efetividade dos direitos sociais. Ocorre que, no entanto, diferentemente da Alemanha, o Brasil é considerado um país periférico, onde grande quantidade de pessoas carece de direitos fundamentais básicos, que vão desde alimentação até a moradia, não sendo diferente no que concerne ao direito à saúde. O que se vê é a concretização desses direitos ainda dependente da luta cotidiana das minorias como forma de transformação indispensável para sua substancialização. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e

previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da luta pelo direito entendida como processo de transformações necessárias para a concretização desses direitos. (CUNHA JÚNIOR, 2013, p.744)

O mesmo autor assegura que a Constituição Federal de 1988 é formada por um conjunto de normas que impõe ao Estado Brasileiro a realização de políticas públicas voltadas ao atendimento dessas necessidades, fixando as metas que devem ser cumpridas pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais. Sendo assim, a solidificação dos direitos fundamentais está sujeita a políticas públicas que têm por objetivo garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Para isso, o Estado emprega meios de arrecadação que se reservam ao bem-estar social, devendo estar previstos e sujeitos ao seu orçamento. Ou seja:

o orçamento é o palco no qual devem estar explicitadas as políticas públicas de um Estado em um determinado momento. E, nele, o Estado, conjuntamente as funções Executiva e Legislativa devem se fazer presente via processo orçamentário, desde a elaboração do plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias, e com a lei orçamentária anual (RIBEIRO, M.F, 2010, p. 04).

Sucedese que, por ser essencial à organização do Estado, a previsão orçamentária é colocada como limite a atuação do mesmo, uma vez que a necessidade de previsão é norma dirigida aos administradores e aos legisladores. O que ocorre, no entanto, é a liberdade dada ao judiciário de não se submeter à previsão orçamentária, essa esfera de poder pode, a todo momento, tomar decisões que vão de encontro ao orçamento previsto para o órgão ou ente federado. Dessa forma, o que vem acontecendo no cenário atual é a preocupação do constituinte em planejar as despesas realizadas pelo Poder Público em choque com o cumprimento de decisões judiciais, já que o juiz não é impedido de ordenar que esse mesmo Poder Público cumpra determinações que ocasionem despesas não previstas a fim de efetivar um direito constitucional.

Registra-se que, como já exposto neste trabalho, a cada poder é atribuída uma função principal ou função típica. Ao executivo cabe administrar a coisa pública, efetivar os programas determinados pela Constituição Federal e estabelecer as prioridades destinadas a atender ao bem comum. É destinada ao Executivo a observância do princípio da boa governança para garantir uma gestão pública de qualidade. Nesse sentido, o magistério de Fábio Konder Comparato:

A transformação do Estado contemporâneo, engendrada pela revolução industrial, não acarretou a criação dessas funções

governamentais ativas que sempre existiram, mas a mudança do eixo central das atividades estatais, da legislação para a administração, da proclamação e aplicação do direito para a elaboração e execução de programas de ação. Mais do que isso: os objetivos ou resultados a serem alcançados por essas políticas passaram a se impor, doravante, como normas obrigatórias, ao próprio governo, pois a finalidade do Estado já não é a conservação, mas a transformação da sociedade. O sistema jurídico como um todo tende, assim, a ser organizado em função desses objetivos concretos das políticas públicas. O Estado torna-se teleocrático e o Poder principal desloca-se, decididamente, para o núcleo governamental, que somente por força da tradição ainda continua a se denominar Executivo. (COMPARATO, 2001, p.192)

A intervenção do Judiciário na fixação de políticas públicas não é assunto pacífico na jurisprudência, entretanto, num Estado carente de um padrão mínimo de prestações igualitários, sobretudo no que diz respeito à saúde, os direitos sociais, não podem ficar adstritos à reserva do possível. É, então, que se permite ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando de outras áreas para destiná-los a saúde pública. Pensamento alicerçado por Olsen (2006, p. 195):

A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

É o que se pode observar nos casos das obrigações de fazer não realizadas pelo Estado sob o argumento da insuficiência orçamentária, baseada na reserva do possível, como por exemplo, a negativa de cirurgia de urgência a um paciente enfermo; o direito à saúde nesse caso, não poderia deixar de ser efetivado em virtude de eventual despesa que não estivesse dentro da esfera do administrador. É necessário um juízo de ponderação e proporcionalidade, o judiciário deve verificar até que ponto são possíveis os atendimentos/cirurgias sem colocar em risco o equilíbrio orçamentário, para que essas despesas não esperadas não venham refletir no sistema macro ligado à saúde, como nas

construções de postos de saúde, fornecimento de medicamentos regulados e realizações de tratamento médico já marcados e autorizados.

Evidencia-se que as alegações de negativa de efetivação de um direito social, baseados na impossibilidade por conta da reserva do possível devem ser concretas, sendo imprescindível a demonstração da impossibilidade de prestação, devendo o Poder Público demonstrar que a decisão viria a causar mais danos do que vantagens a efetivação de direitos fundamentais.

Desse modo assevera Cunha Júnior (2013, p. 748):

Em suma, nem a reserva do possível, nem a reserva da competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, [...] que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e a integralidade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária.

Logo, a teoria da reserva do possível não deve ser invocada imediatamente como argumento hábil a obstaculizar a efetivação do direito à saúde, nem tampouco pode o judiciário ignorar os orçamentos estatais, devendo agir com parcimônia quando se deparar com um quadro em que haja omissão da Administração Pública e ao mesmo tempo necessidade do cidadão de ver efetivada uma prestação. É necessário equilíbrio, proporcionalidade e análises concretas dos casos, nas decisões que vão de encontro a um planejamento anteriormente firmado pela Administração, assim como é imprescindível que o Estado esteja apto a concretizar as decisões que buscam tão somente não desamparar direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

#### **4 O LIMITE ENTRE A ADEQUADA GESTÃO E A NECESSÁRIA JUDICIALIZAÇÃO**

Judicialização, segundo Barroso (2012, p. 02), representa a transferência de poder político para o Judiciário, em maioria dos casos para o Supremo Tribunal Federal (STF). O constitucionalista entende que a redemocratização do país, propiciou uma procura maior ao Judiciário, a constitucionalização; uma vez que a Constituição de 1988 trata de inúmeros temas antes não vistos, além de trazer o sistema de controle de constitucionalidade. O ilustre doutrinador lembra que o Judiciário pode decidir em muitas questões, porém há aquelas em que simplesmente não deva, o juiz precisa avaliar se, naquele momento e naquela causa, ele é a pessoa mais capacitada para fazer a melhor avaliação, tendo a melhor decisão para a matéria.

Nessa linha de raciocínio Barroso (2006, p. 81) acredita que nos últimos anos a Constituição conquistou sua eficácia, segundo o conceito de Sabbadell (2002, p. 64), o qual avalia o grau de

cumprimento da norma na prática social, sendo essa eficaz quando respeitada pela sociedade ou devidamente punida pela mesma. Ou seja, quando a norma for respeitada coercitivamente ou pela sanção aplicada pelo Estado. Além disso, as normas constitucionais passaram de meras integrantes de um documento estritamente político, de simples convocação a atuação do Legislativo e do Executivo, tendo aplicabilidade direta e imediata pelos juízes nos tribunais.

Como já exposto, “o Poder Executivo é um dos órgãos políticos do Estado, que tem por competência institucional a condução das atividades de Estado, Governo e Administração Pública” (DIRLEY, 2013, p.1042). É o Executivo, então, o responsável por gerir a máquina estatal, organizando o orçamento, a fim de que os recursos disponibilizados sejam utilizados de forma a promover a efetivação de um maior número de direitos.

Assim sendo, a maneira como são geridos os recursos estatais faz toda diferença na concretização dos direitos sociais. Em uma proposição matemática, a adequada gestão pública seria inversamente proporcional a elevada judicialização, posto que se as demandas fossem propiciadas a população (coletividade) de forma administrativa, essa não teria motivo para recorrer ao judiciário a fim de obter prestações individuais.

#### 4.1 A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Como já apontado, judicializar significa incitar o Poder Judiciário a fim de que decida sobre determinada pretensão. É chamar o judiciário a atuar em situações em que as ações ou omissões dos entes públicos ou privados são determinantes para a negativa de um direito. Logo, quando se fala em judicialização da saúde alerta-se para as inúmeras situações em que a inércia legislativa ou executiva na prestação dos serviços públicos tem por consequência a provocação do judiciário.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, p. 04). Em vista disso, percebe-se que não há controvérsia no que se refere à atuação do judiciário nos casos em que, por qualquer motivo, o direito à saúde não é tutelado, haja vista ser garantia de qualquer cidadão, inclusive da coletividade, levar a questão a juízo, uma vez que falha sua execução, trata-se de cláusula pétrea.

Dessa forma, o judiciário não tem só a liberdade como também o dever de aplicar o direito, quando da omissão legislativa ou executiva. Nesse mesmo sentido, Eros Roberto Grau:

O Poder Judiciário é o aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo - de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo. (GRAU, 2004, p. 335)

Ainda nessa perspectiva Barroso (2012, p. 06):

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles,

como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

Sucedem que hodiernamente, o cenário brasileiro mostra o crescimento exacerbado de decisões que sujeitam a gestão administrativa a prestar variados serviços de saúde que vão desde fornecimento de medicamentos até realização de cirurgias de urgência, demonstrando, portanto, a ineficiência no serviço de saúde de base.

O que se vê, então, é o aparato judicial servindo de instrumento a efetivação da saúde no Brasil. Problemas como a má gestão dos recursos públicos, e as irregularidades provenientes de uma defeituosa administração acabam por tratar a judicialização como uma maneira de concretizar as prestações de saúde almejada pelos indivíduos. É o que afirmam Hüning e Costa (2017, p. 133):

Consoante pode-se verificar a simples previsão Constitucional quanto o direito à saúde não tem sido capaz de efetivá-lo a contento da população. Para tanto, grande número de pessoas tem ingressado com ações judiciais para concessão dessa prerrogativa prevista na Constituição Federal, o que tem causado a expansão exagerada dessas ações, alarmando, assim, os juristas.

Barroso (2007, p. 03), em uma de suas análises sobre o tema, é imperioso ao afirmar que a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de fornecer gratuitamente medicamentos constitui a realização da promessa da prestação universal do serviço de saúde. É nesse diapasão, portanto, que se encontram as limitações atuais acerca do tema. O direito à saúde, tido como um direito fundamental social, possui o escopo de promover o bem da coletividade, proporcionando uma vida digna a todos os indivíduos, não se limita, por isso, a um direito de cada indivíduo separadamente.

O que se tem nada mais é do que a colisão entre dois princípios fundamentais. De um lado a garantia ao direito à saúde e a vida, do outro, a separação dos poderes, quando da utilização do judiciário na deliberação de políticas públicas de saúde. Ou, na verdade, como assevera Barroso (2007, p.04) "o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros", já que no momento em que o judiciário concede a um indivíduo a pretensão por ele pleiteada em juízo, seja um medicamento de alto custo ou algum tratamento alternativo, por exemplo, ele retira do orçamento da Administração Pública recursos que poderiam ser utilizados para cumprir demandas coletivas, tendo como exemplo a construção de um posto de saúde ou até mesmo tratamentos de baixo custo de várias pessoas.

#### **4.1.1 O ativismo judicial como forma de efetivação dos direitos sociais**

Sabe-se que, atualmente, o judiciário constitui uma das possibilidades palpáveis de concretização dos direitos sociais, haja vista o ativismo judicial ser fortemente utilizado como mecanismo de efetivação de tais direitos. Para entender essa contextualização faz-se necessário

antever as linhas primordiais do ativismo judicial, bem como ligá-lo a ideia de materialização dos direitos sociais.

Entende-se por ativismo judicial a forma mais acentuada com que o judiciário se dispõe a concretizar preceitos constitucionais, de forma que venha a interferir na atuação dos poderes legislativo e executivo. Nesse sentido, Ramos (2010, p. 129):

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Quanto ao contexto histórico em que está inserido, o ativismo judicial encontra sua origem no Movimento do Direito Livre, é o que nos ensina Santos (2013, p. 21), ao afirmar que esse movimento se baseava na ideia de que a decisão judicial acaba por ser uma atividade criadora que é dirigida pelo conhecimento, a qual realiza o direito através do apelo a critérios normativos extralegais, além de ter como fundamento a sua procura do justo.

A origem da expressiva manifestação do ativismo judicial se deu nos Estados Unidos, com o objetivo de asseverar a atuação do juiz no processo por meio do impulso oficial oriundo da sociedade na busca da substancialização de direitos fundamentais. No entanto, frisa-se a relevância de outras correntes que de certo modo contribuíram para ideia que temos de ativismo judicial na atualidade, como o direito alternativo brasileiro. No Brasil esse ideal começou a ganhar força com a Constituição Federal de 1988, a qual outorgou ao Ministério Público e ao Judiciário novas atribuições de cunho social.

Retomando o conceito de ativismo judicial, temos outra visão do tema, nesse diapasão alguns autores, como Gomes (2009, p. 01), narram que existe ativismo judicial quando o magistrado interpreta a Constituição com o intuito de garantir direitos. O autor vai além e indica duas espécies de ativismo judicial: o inovador, espécie na qual o juiz cria uma norma; e o revelador, tipo de ativismo onde o juiz também criará regras, no entanto, baseado em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa.

Barroso aduz ainda que (2012, p. 06):

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.



Como se vê, variadas são as condutas tidas como ativistas praticadas pelo juiz; essas passam pela aplicação da Constituição de forma independente da manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, tornando-os sem efeito, ainda que emanados de outra esfera institucional; e de forma especial, pela imposição de condutas ou de omissões ao Poder Público, em qualquer das suas esferas.

Passeando pela matéria do ativismo judicial, surge a necessidade de diferenciar a judicialização, citada em vários momentos no presente trabalho, do ativismo; conceitos que, embora próximos, se distinguem. Barroso (2012, p. 06), nos contextualiza afirmando que:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Como se observa, a linha entre o ativismo judicial e a judicialização é tênue, mas não se confunde. O primeiro trata da maneira que o Poder Judiciário interpreta a Constituição, ampliando sua abrangência. O segundo, por sua vez, é um fato decorrente do modelo constitucional adotado. Na judicialização temos o judiciário atuando além de suas competências, contudo respeitando a lei; já o ativismo judicial, permite ao judiciário atuar além da legislação, sem nenhum respaldo legal.

É sabido que o juiz, no exercício de suas funções, deve agir baseado na legislação; as decisões proferidas pelo magistrado têm por base os princípios e normas legais, não devendo ser resultado de mera arbitrariedade, limitando-se a aplicar uma norma já existente. O juiz, por exemplo, não age de ofício, necessitando ser acionado pelas partes para efetivar suas pretensões.

Analisando a funcionalidade, percebe-se que o ativismo judicial tem uma face positiva, pois significa que o poder judiciário está atendendo as demandas sociais importantes que não foram atendidas a tempo e a hora pelos outros poderes. No entanto, possui também uma face negativa, qual seja o fato de o poder legislativo, que é a instância política por excelência, muitas das vezes não conseguir atuar para atender as demandas sociais.

Em um cenário em que tudo se judicializou, os direitos fundamentais passam a depender da atuação proativa do poder judiciário. Como se sabe, os direitos sociais são assegurados na Constituição Federal de 1988. O rol de direitos sociais busca atingir a justiça social e para isso carece de prestações positivas por parte da Administração. A partir do momento em que essas prestações não são oferecidas e os indivíduos acionam o judiciário, esse, por muitas das vezes, passa a ter uma postura mais abrangente, aplicando o direito de forma a garantir as omissões administrativas. Nesse sentido Sales e Pachú (2015, p. 28):

Cabe ressaltar, apenas o reconhecimento da importância de tais direitos não é suficiente, faz-se necessário sua efetivação. Nesse ínterim, as políticas públicas constituem instrumento de viabilização dos direitos básicos da população e enfatiza o caráter ideológico do Direito, busca-se a política de legitimação do poder.

Dissertando sobre o assunto, Santos (2013, p. 25) relata que:

O que tem ocorrido com muita frequência em Estados tais como o Brasil (onde as políticas estatais de bem-estar social ainda não atingiram o mesmo *status* de alguns países europeus) o plano da efetivação dos direitos sociais tem saído – com frequência maior do que a desejada – do nível das políticas públicas para o âmbito de uma completa judicialização (ou justicialização) de tais direitos sem nenhuma reação contra tal postura seja ela política ou dentro do próprio pensamento jurídico que totalmente submeteu-se a tal comportamento do judiciário taxando-o como aceitável e normal.

Exemplo claro da postura supracitada, diz respeito ao tema das políticas públicas, quando da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, como preleciona Barroso (2012, p.8-9), nos casos de distribuição de medicamentos e determinações de terapias por meio de decisão judicial. A União, o Estado ou o Município são condenados a financiar medicamentos e terapias que não constam nas listas do Ministério da Saúde e, portanto, tomam, claramente, decisões onde “criam” o preceito normativo, uma vez que os medicamentos indicados não constam da lista estabelecida, é uma típica prática de ativismo judicial.

Como demonstrado no capítulo referente à separação dos poderes, o poder legislativo possui como principal função elaborar e aprovar projetos de lei precipuamente no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais. Já o Poder Executivo institui políticas públicas que somadas a fatores externos almejam assegurar os direitos sociais. O que vem acontecendo, no entanto, é a negligência dos poderes supracitados quanto ao exercício de suas funções. É então que a intervenção do Poder Judiciário se justifica para possibilitar a efetivação dos direitos sociais. Nesse sentido Silva e Weiblen (2007, p. 52), narram que:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do

Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Na verdade, a legitimidade das condutas tomadas por magistrados, seja quando decidindo questões relevantes, que originalmente seriam objeto das outras escalas de poderes, quando acionado (judicialização), seja quando interpreta a Constituição de um modo específico e proativo (ativismo judicial) não é discutida. É quase um consenso entre os doutrinadores a necessidade da expansão do judiciário nas demandas coletivas que possuem dificuldade de concretização. Hoje, quase tudo se judicializa. Na prática o que se discute é a legitimidade de um grupo de juízes acabarem por proferir decisões extravagantes e emocionais que atingem toda a sociedade, sem considerar os orçamentos fixados pela Administração Pública.

#### **4.1.2 A intervenção do Poder Judiciário na busca da concretização das prestações garantidoras da saúde**

Até aqui foi possível perceber que é impossível manter intacta a dignidade humana de um ser humano quando este não tem acesso à saúde, e tão ou mais grave, é ter ciência que o cidadão tem seu direito fundamental violado por parte do próprio Estado por não efetivar prestações positivas impostas pela Carta Maior. Diante da inércia do Executivo cabe ao Judiciário exigir respostas às demandas sociais, adotando uma postura crescentemente interventiva na seara das medidas de concretização material do direito à saúde.

Como já explanado nesse trabalho, a Constituição Federal de 1988 se preocupou em não excluir ao judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito. Assim sendo, qualquer indivíduo pode acionar o judiciário, desde que haja omissão na efetivação de um direito que lhe deveria ser atribuído. Desta forma, sendo à saúde um direito social, e possuindo aplicabilidade imediata, o poder judiciário é legítimo para analisar os conflitos travados entre a busca do indivíduo pela efetivação da saúde no caso concreto e a omissão do Estado. Corroboram essa ideia Sales e Pachú (2015, p. 34):

Nesse sentido, diante da inércia do Poder Executivo muitas pessoas recorrem ao Poder Judiciário para garantir a efetivação do direito à saúde. Decisões judiciais são proferidas concedendo medicamentos, tratamentos, insumos, cirurgias, leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI, e, produtos de saúde.

É notório que a judicialização do direito à saúde refere-se a inúmeros serviços públicos e privados, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos, a transferência de hospitais, a viabilização de exames, diversos tratamentos para doenças, entre outros. Inúmeras são as ações e decisões judiciais que exalam esses conteúdos, buscando o deferimento de decisões que venham a garantir as demandas individuais relacionadas à saúde.

Nessa linha de raciocínio, Castro e Maia (2009 p. 14) destacam a relevância do judiciário na efetividade de direitos fundamentais e conseqüentemente no direito à saúde:

Percebe-se que o Poder Judiciário pode exercer um papel relevante no que se refere à efetividade dos direitos fundamentais, revertendo o pseudo caráter programático dos direitos sociais em direitos concretos, pois a esfera judiciária constitui um espaço de luta dos movimentos populares, ganhando impulso e legitimação com as ações desses sujeitos de direitos.

O Poder Judiciário utiliza-se de diversos instrumentos para canalizar o direito à saúde, para isso conta com os mandados de injunção, as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, as ações civis públicas, os mandados de segurança, e sendo um direito social, pode ser objeto tanto de ações individuais, quanto de ações coletivas.

Os magistrados, desde o surgimento de epidemias, se encontram confrontados por decisões diretamente influenciadas pelo indivíduo requerente, este, debilitado, vê no número de liminares cada vez maiores a chance de ter sua sobrevida, o Judiciário diante da necessidade, não pode incorrer em falta funcional e por isso se torna responsável por sanar conflitos levado a ele por doentes, grupos de apoio, etc.

Seria graças a essa eficácia, que a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública em nome de promessa de prestação de direito fundamental é cada vez mais comum. A conhecida Judicialização, em excesso ou mal embasada é fonte de decisões extravagantes ou emocionais, as quais condenam a Administração Pública ao custeio exorbitante de medidas secundárias que garantam a disponibilidade de meios para propiciar e manter os serviços básicos, por serem inacessíveis.

É nesse contexto que Barroso (2012, p. 22-23) nos aponta uma virada jurisprudencial, por conta da normatividade e da efetividade das disposições constitucionais. Segue afirmando que o judiciário pode e deve intervir em muitas situações envolvendo o direito à saúde. No entanto, chama atenção para as objeções relacionadas a tais intervenções. Destaca a primeira crítica, que diz respeito ao fato da norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma pragmática, e, então, é conveniente que a garantia do direito à saúde se dê por meio de políticas sociais e econômicas e não através de decisões judiciais, baseando-se no artigo 196 da Constituição Federal. Outra crítica relaciona-se a questão da impropriedade do judiciário na otimização dos gastos públicos com saúde, não tendo esse uma visão global nem dos recursos disponíveis, nem das necessidades que devem ser supridas, sendo essa matéria atribuída ao Poder Executivo. Uma terceira objeção concerne a questão da legitimidade democrática, uma vez que os poderes executivo e legislativo são formados por legitimados pelo voto popular, revelando-se, assim, na vontade democrática da população, diferentemente das decisões tomadas pelo judiciário proferidas por julgadores oriundos na maioria das vezes de concursos públicos.

Outra questão relevante se dá em relação à intervenção do Poder Judiciário especificamente no que concerne ao fornecimento de medicamentos. A maior parte das demandas judiciais

referentes à saúde é motivada pela falta de prestações de medicamentos aos pacientes oriundos do Sistema Único de Saúde. Na prática o que vem acontecendo de um lado é a prescrição de medicamentos, previstos ou não nas listas elaboradas pelos entes federativos, por médicos do SUS para o tratamento de enfermidades, do outro é a falta desses medicamentos nos pontos de distribuição, alguns deles por serem de alto custo, outros por não estarem nem previstos nas listas da rede pública. Não resta alternativa ao cidadão de baixa renda, a não ser ingressar com ações judiciais requerendo os medicamentos de alto custo por ele necessitado. Para isso, preleciona Ordacgy (2009, p.28):

o jurisdicionado somente precisa especificar na peça exordial a sua enfermidade e os medicamentos dos quais se utiliza no momento da propositura da ação, não constituindo pedido genérico o uso da expressão, bem como de todos os remédios necessários ao tratamento de sua enfermidade, desde que, como já frisado, em combinação com a especificação dos medicamentos que já necessita. O pedido formulado dessa maneira encontra respaldo nos Princípios da Economia Processual, da Efetividade do Processo e do Acesso à Justiça.

É nesse contexto que surge o choque entre o orçamento público, não observado pelo juiz no momento de proferir decisões favoráveis aos jurisdicionados que buscam prestações referentes ao direito à saúde, e a necessidade dos indivíduos que precisam obter decisões positivas por vias judiciais para manutenção da vida. O próximo tópico apontará como a jurisprudência brasileira vem se comportando diante desse conflito.

#### 4.2 O DIREITO À SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL BRASILEIRA

Até aqui foram expostos vários enfoques relacionados ao direito à saúde no Brasil, desde sua consagração constitucional até a utilização do Poder Judiciário como forma de sua efetivação. Faz-se necessário, então, analisar a jurisprudência brasileira, observando como os Tribunais vêm se comportando nas demandas de fornecimento de medicamentos, oferecimento de próteses, transferências de hospitais e etc. Asensi e Pinheiro (2015, p.08) em cartilha do CNJ esclarecem que:

A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde.

Por jurisprudência, entende-se o conjunto de decisões e interpretações da lei feita pelos Tribunais Superiores, com o objetivo de adequar as normas as situações do cotidiano. Para Venosa (2003, p. 21) "é aplicado o nome jurisprudência ao conjunto de decisões dos tribunais, ou uma série de decisões similares sobre uma mesma matéria". Essa série de decisões similares faz com que as determinações proferidas sobre uma mesma matéria tenham resultados similares, a fim de que não haja contradição dentro do mesmo juízo.

Assim sendo, passemos a análise jurisprudencial acerca do direito à saúde. Inicialmente, cabe ressaltar que os Tribunais, em sua maioria, já reconhecem a solidariedade dos entes federativos no que diz respeito à garantia de tal direito. Em julgado do Tribunal de Alagoas pode-se perceber a atribuição da responsabilidade a todos os entes federados, como se segue:

Diversamente do que alega e sustenta o Estado de Alagoas, no que diz respeito às questões da legitimidade ad causam e do próprio chamamento da União e do Município de Maceió ao processo, sob a ótica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, há de prevalecer a responsabilidade solidária dos entes públicos federativos = da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal -, relativamente à garantia do direito à saúde, de modo que tanto faz a parte demandar contra um ou o outro, de forma conjunta ou isolada, sendo inoportuno o chamamento dos demais entes federativos, no caso, já que demandaria uma mobilização desnecessária da máquina judiciária, de caráter eminentemente procrastinatório. (TJ-AL - Reexame Necessário nº. 0077225-19.2010.8.02.0001 Relator: Paulo Barros da Silva Lima. Julgado em 06 de nov. de 2014)

Desde a Constituição Federal de 1988 o fenômeno da judicialização da saúde ganhou espaço no país, porém foi em meados dos anos 2000 que os Tribunais mudaram a postura no tratamento que costumeiramente vinham dando aos processos que envolviam demandas relacionadas a saúde e pararam de ligar a ideia de que direito à saúde corresponderia ao fato de ter direito a tudo. Como mostra Balestra Neto (2015, p. 16), a partir desse momento, os tribunais passaram a fazer uma análise mais técnica, possibilitando agora jurisprudências no sentido de negar aos usuários do Sistema Único de Saúde determinadas prestações.

Em análise aos sites de alguns Tribunais de Justiça brasileiros, percebe-se que a maior parte dos processos/demandas relacionados à efetivação do direito à saúde tem

ligação com os pedidos de fornecimento de medicamentos. Em julgado do estado de São Paulo temos o seguinte exemplo:

EMENTA: OBRIGAÇÃO DE FAZER FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARATRATAMENTO INDIVIDUAL DE PACIENTE HIPOSSUFICIENTE DEVER DE FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICA (ART. 196, CF/88) Liminar deferida Sentença procedência Ilegitimidade passiva afastada - Em decisão monocrática, nega-se seguimento ao recurso. (TJ-SP – Apelação nº 0007981-18.2011.8.26.0286 Relator: Ponte Neto. Julgado em 09 de set. de 2014)

Exemplo parecido no Tribunal de Justiça de Pernambuco:

EMENTA: RECURSO DE AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO, EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE DA PENALIDADE IMPOSTA - RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. 1. A saúde é direito fundamental garantido a todos os cidadãos pela Constituição Federal, desta feita, é dever do Estado garantir o fornecimento de medicações necessárias à manutenção da saúde dos administrados. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores proclama ser possível a concessão de tutela específica para determinar o bloqueio de valores em contas públicas a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável ou fornecimento de medicação, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. 3. Recurso de Agravo NÃO PROVIDO. 4. Decisão unânime. (TJ-PE - Agravo nº 3907591 Relator: Fernando Cerqueira. Julgado em 28 de julho de 2015)

Feita a exposição na ceara estadual, cabe chamar atenção para a repercussão da efetivação da saúde por via judicial a nível nacional, com ênfase na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou diversas vezes acerca do tema, e em maio deste ano determinou a suspensão de todos os processos judiciais que estão em andamento no Brasil que possuem como objeto o fornecimento de remédios não listados no Sistema Único de Saúde. Isso porque, tramita no STJ o Recurso Especial Nº 1.657.156 – RJ referente a um conflito entre o estado do Rio de Janeiro e o acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo estado que manteve a decisão monocrática que condena o estado a

fornecer os medicamentos pleiteados pela assistida, sob alegação de que a “saúde é direito fundamental assegurado constitucionalmente a todo cidadão, devendo os poderes públicos fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem”. O referido processo trata de uma mulher diagnosticada com glaucoma que alega não ter condições de adquirir os três tipos de colírio prescritos a ela. Em decisão colegiada, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro obrigou o estado a fornecer o medicamento. O estado, em sentido contrário, alega que apenas os medicamentos incluídos na lista do SUS devem ser fornecidos.

O tema também ganhou repercussão no Supremo Tribunal Federal em 2016, quando o STF iniciou um julgamento que pretende decidir acerca da obrigatoriedade do Estado brasileiro fornecer ou não medicamentos de alto custo ou sem registro a Agência Nacional de Vigilância Sanitária aos indivíduos que acionarem o poder judiciário. Para Fábio (2016, p. 01), há quem defenda e quem se oponha a essa ideia. Para os que defendem, é direito constitucional ter acesso a medicamentos de forma gratuita ainda que caros, devendo o Estado atender as decisões judiciais analisadas caso a caso pelos juízes. Para os que se opõem, por sua vez, tem efeito negativo, uma vez que direciona uma parcela desproporcional dos recursos de saúde a casos específicos, tirando dos gestores administrativos a possibilidade de distribuir as verbas da melhor maneira possível. Até agora três dos onze ministros já votaram, Marco Aurélio Mello, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, todos a favor da concessão de remédios de alto custo que estejam na lista no SUS. Os dois últimos, no entanto, votaram contra a permissão de medicamentos que não possuem registro na Anvisa. O ministro Marco Aurélio enfatizou o binômio da necessidade e adequação para o fornecimento de medicamentos pela via judicial e encerrou seu voto da seguinte forma:

o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso. (AURÉLIO, 2016, p.02)

Nesta sociedade de recursos escassos a maneira mais rápida de atender esta parcela da população não é de outra maneira se não alocando recursos, Calabresi e Bobbit (1978; p. 111 81e 113) aludiram, então, que uma decisão alocativa é trágica, pois a negação de



um pedido pode resultar em grande sofrimento ou ainda morte. Escassez esta que como bem aduz Amaral (2001; p. 136) é também de órgãos, pessoal especializado e equipamentos.

Gastos excessivos em prol de um beneficiário põem em risco a manutenção de direitos fundamentais da sociedade, desorganizando a atividade administrativa e a alocação racional de recursos públicos, para tal o magistrado deverá utilizar métodos técnicos e racionais a fim de proferir decisões que não venham a garantir efetivação de direitos a alguns indivíduos em detrimento de toda uma coletividade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise minuciosa acerca da saúde pública brasileira, enfatizando a ineficiência na prestação dos serviços de saúde de base pela Administração Pública, fato que ocasiona a maior procura do judiciário pelos indivíduos que carecem de prestações básicas. A consequência disso é a avocação do judiciário para tutelar demandas que inicialmente seriam de responsabilidade do legislativo e do executivo, resultando no conflito entre a efetivação do direito à saúde, pressuposto para uma vida digna, e a lesão ao princípio da separação dos poderes, instituído constitucionalmente.

A pesquisa do tema é de extrema relevância na atualidade, posto que a saúde compõe o rol de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 atingindo a todos os indivíduos, sem distinção. A efetividade do direito à saúde, seja pelas esferas de políticas tradicionais, realizadas pelos poderes legislativo e executivo, seja pela avocação do Poder Judiciário, é matéria relevante para o meio acadêmico que busca por meio de pesquisas e estudos aprofundar as garantias constitucionais inerentes a sociedade.

Percebeu-se até aqui que com a redemocratização ocorrida em 1988, a Carta Magna adquiriu força normativa e efetividade. O Poder Público por meio de políticas públicas busca materializar os direitos sociais dos cidadãos, dentre eles o direito à saúde. Ocorre que a deficiência na prestação dos serviços de saúde, provocada pela má gestão governamental, vem resultando na aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, de determinações que, sem observar o orçamento público, buscam substancializar tal direito. É nesse diapasão que surge o fenômeno denominado judicialização da saúde, onde o judiciário é chamado a intervir frente ao descaso na implementação de políticas públicas.

Ao longo do trabalho, foi possível perceber os óbices encontrados pela Administração Pública, que acabam por limitar a efetivação do direito à saúde. É cada vez mais frequente a utilização do princípio da reserva do possível como forma de obstáculo a concretização de direitos sociais. Não obstante, a realidade brasileira se difere do cenário

dos países em que tal princípio foi desenvolvido, o Brasil é considerado um país periférico, aqui, muitas das vezes, o Sistema Público de Saúde é a única via encontrada pelo indivíduo para alcançar sua satisfação, não podendo os direitos sociais ficarem adstritos indiscriminadamente a reserva do possível alegada pela Administração.

Como foi demonstrado, a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurada no artigo 196 da Constituição Federal. No momento em que o Estado, representado pela Administração Pública, deixa de promover políticas voltadas a viabilizar a saúde, há lesão expressa do preceito constitucional, uma vez que a coletividade não verá a efetivação do seu direito. É, então que surge a possibilidade e é dada a legitimidade ao Poder Judiciário de intervir na implementação de políticas públicas, quando acionado em ações individuais ou coletivas, para que se posicione de forma a garantir a eficiência dos serviços de saúde que chegam até ele por meio de casos concretos.

É notório que quando da lesão ou ameaça a direitos, o Judiciário é chamado a garantir as prestações almejadas pela sociedade, buscando de alguma forma solucionar falhas e omissões das políticas públicas de saúde já existentes. O resultado dessa equação não é outro, senão a atuação exacerbada do judiciário em esferas privativas de outros poderes, a consequência é de fato a tomada de decisões baseadas em cunho emocional, sem qualquer critério técnico ou parâmetro que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular das políticas de saúde, como fornecimento de medicamentos, distribuição de próteses, custeio de terapias alternativas, etc.

Os Poderes Legislativo e Executivo criam e implementam normas e políticas públicas de saúde, como por exemplo, o fornecimento obrigatório de determinados medicamentos pelo SUS, a solidariedade entre os entes federativos para maior alcance da saúde, os investimentos em novas tecnologias em serviços de saúde. Posteriormente, após a implementação de tais políticas, o orçamento do Estado é primeiramente reservado na quantidade necessária para provê-las, bem como para melhorar a estrutura física e profissional dos hospitais, postos de saúde, locais de pronto atendimento, etc. A solidificação dos direitos sociais, principalmente no que se refere ao direito à saúde, não perpassa, ou menos não deveria perpassar, por ações irresponsáveis e sem prévio planejamento.

A solução buscada não é fácil, os juízes e tribunais, por maioria das vezes, só possuem acesso aos casos que chegam as suas mesas, tornando-se por eles responsáveis. No entanto, é imperioso ressaltar que os gastos e despesas oriundos das decisões judiciais que garantem a saúde a um único indivíduo, poderiam ser utilizados para melhoramento do sistema de saúde como um todo, atingindo um número maior de pessoas. A utilização da judicialização como única saída garantidora do direito social à saúde tem como

resultado a preferência no tratamento de um indivíduo em detrimento de todos os outros. O que se busca é chamar atenção para a verdadeira contraposição encontrada no tema, na verdade a oposição não se baseia pura e simplesmente entre o direito à saúde e os princípios orçamentários calcados na reserva do possível, sustentados no princípio da separação dos poderes, o que verdadeiramente se contrapõe é o direito à vida e à saúde de um ao direito à vida e à saúde de outros (no plural), uma verdadeira afronta ao princípio da equidade.

Obstáculo, então, é determinar a existência de limites para a atuação do judiciário, pois, como se viu até aqui, essa se torna legítima no momento em que consagrada como única alternativa para materialização do direito à saúde, justificando a intervenção sempre que um direito fundamental for descumprido, com juízos de ponderação nos casos concretos. Atente-se que essa legitimidade só subsistirá se a intervenção do judiciário se der em casos esporádicos, concretamente definidos, quando comprovada a indisponibilidade de políticas públicas voltadas a sua efetivação e a ausência de outra maneira administrativa de concretizar as prestações de saúde.

O que se pode pensar, como via a solucionar o problema, é a promoção de uma maior aproximação entre os poderes Executivo e Judiciário, um regime de separação absoluta do poder é inadequado e prejudicial para a sociedade, melhor seria uma funcionalidade de colaboração. Além disso, o cerne da questão consiste num maior investimento e organização das políticas públicas de saúde, um olhar mais atento do Estado para os serviços de saúde de base. A judicialização é o resultado da disfuncionalidade do sistema, e é essa a crítica do trabalho. Os elevados índices de intervenção judicial nas demandas de saúde demonstram que os órgãos políticos não estão funcionando, e é isso que deve ser observado.

Diante o exposto, conclui-se que o ideal é a efetivação da saúde por meio de políticas públicas bem planejadas pela Administração Pública, devendo o judiciário, em casos isolados e necessários, quando da negativa de tal direito, intervir utilizando-se de critérios técnicos e parâmetros que justifiquem a sua interferência naquele caso concreto. É coerente que o judiciário não seja omissivo, no entanto é prudente que não extrapole a sua investidura, buscando ser mais do que lhe é proposto.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Dayse Santos; et. al. **Informação para Tomadores de Decisão em Saúde Pública**, São Paulo, 2004. Disponível em: <[http://files.bvs.br/upload/M/2004/Lucchese\\_Politicass\\_publicas.pdf](http://files.bvs.br/upload/M/2004/Lucchese_Politicass_publicas.pdf)> Acessado em 30 de setembro de 2017.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Reexame Necessário REEX 00772251920108020001. Segunda Câmara Cível. Relator: Paulo Barros da Silva Lima. Julgado em 06 de nov. de 2014. Disponível em: <<https://tjal.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150948520/reexame-necessario-reex-772251920108020001-al-0077225-1920108020001>> Acessado em 01 de novembro de 2017.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Elizabeth Nogueira de; ANDRADE, Edson de Oliveira. O SUS e o direito à saúde do brasileiro: leitura de seus princípios, com ênfase na universalidade da cobertura. **Revista Bioética**, 2010, v. 18, n. 1, p.61-74. Disponível em: <[revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/download/536/522](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/536/522)> Acessado em 29 de setembro de 2017.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

AURÉLIO, Marco. **Suspensão julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial.** 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>> Acessado em 06 de novembro de 2017.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, 2015, v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>> Acessado em 31 de outubro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/po\zrtal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>> Acessado em 05 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**. 2012, v.5, n.1, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acessado em: 24 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em: 13 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. texto constitucional promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acessado em 11 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. texto constitucional promulgado em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acessado em 11 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Legislação. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acessado em 11 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1657156

– Proc. 0015099-09.2014.8.19.0036. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DJ 22 nov. 1999. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156> Acessado em 01 de novembro de 2017.

CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: W.W. Norton & Company, 1978, p. 11; 81 e 113.

CASTRO, Fernanda Barroso de; MAIA, Christinny Diógenes. **A efetividade dos direitos sociais e o ativismo judicial**. Encontro Anual da ANDEPH. 2009, Belém. Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/Vencontro/gt4/gt04p02.pdf>> Acessado em 29 de outubro de 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. Busca Legis. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>> Acessado em 20 de outubro de 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DALARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DALLARI, Suely Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DESCARTES, R. **Discurso sobre o método**. Tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. 2ª ed. São Paulo: Difel – Difusão Européia do Livro, 1973.

DIAS, Hélio Pereira. Saúde como direito de todos e dever do estado. **8ª Conferência Nacional de Saúde**: Anais Ministério da Saúde. 1986. Disponível em:  
<<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0219VIIIcns.pdf>> Acessado em 08 de novembro de 2017.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1998.

FÁBIO, André Cabette. **Como os tribunais superiores lidam com a judicialização da saúde**, 2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/05/26/Como-os-tribunais-superiores-lidam-com-a-judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde>> Acessado em 31 de outubro de 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FERREIRA, Sibebe Maria Gonçalves. **Sistema de Informação em Saúde: conceitos fundamentais e organização**. Minas Gerais, 1999. Disponível em:  
<<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2249.pdf>> Acessado em 16 de outubro de 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GERSCHMAN, Silvia; VIANA, Ana Luiza D'Ávila. Descentralização e Desigualdades Regionais em Tempos de Hegemonia Liberal. In LIMA, Nísia Trindade, et al (Orgs.). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 307-352.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, 2009, ano 13, n. 2164, Teresina. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>> Acessado em 29 de outubro de 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

HÜNING, Agnes Carolina; COSTA, José Ricardo Caetano. Entre a medicalização da vida e a judicialização da saúde: uma participação popular necessária. **Revista de Políticas Públicas e**

**Segurança Social**, 2017, v.1, n.1, p. 127-14. Disponível em:

<<https://www.neppps.com/revista/index.php/revistappss/article/view/2017010106/38>>

Acessado em: 25 de outubro de 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, 2009, v. 71, n.2, p. 92-101, Minas Gerais. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwi42pzKoLXXAhWkZAKHXkSCLgQFgguMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.passeidireto.com%2Farquivo%2F19129806%2Fdireito20constitucional&usg=AOvVaw1C3mOQxAG7nLwxn6V0X3-k>>

Acessado em: 15 de outubro de 2017.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à saúde**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: 11ª ed. Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho. Governança democrática para o desenvolvimento sustentável. **Cadernos UNDB**. 2014, v.4, p.01-29. Disponível em:

<[http://www.undb.edu.br/publicacoes/arquivos/10\\_governanca\\_democratica\\_para\\_o\\_desenvolvimento\\_sustentavel.pdf](http://www.undb.edu.br/publicacoes/arquivos/10_governanca_democratica_para_o_desenvolvimento_sustentavel.pdf)> Acessado em 15 de outubro de 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de, **Direito constitucional**. – 13ª ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MORETTO, Marcos Aurélio. **A política e a prática de saúde: suas consonâncias e dissonâncias**. Erechim: EDIFAPES, 2002.

NORONHA, José Carvalho; PEREIRA, Telma Ruth. **Princípios do sistema de saúde brasileiro**. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde, 2013, v. 3, p. 19-32, Rio de Janeiro. Disponível em:

<<http://books.scielo.org/id/98kfw/pdf/noronha-9788581100173-03.pdf>> Acessado em 30 de agosto de 2017.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo (Orgs.). **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2014, p. 365-394.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Monografia. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. (Curso de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsworld.html>> Acessado em 11 de novembro de 2017.

ORDACGY, André da Silva. O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, 2009, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oupublica.pdf>> Acessado em 30 de outubro de 2017.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMA, Luciana; Ventura Miriam. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis: **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010, p. 77-100.

PEREIRA, José Matias. **Governança no setor público**. São Paulo: Atlas, 2010

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento 3907591. Primeira Câmara de Direito Público. Relator: Fernando Cerqueira. Julgado em: 28 de jul. de 2015. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216345999/agravo-agv-3907591-pe> Acessado em 01 de novembro de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. 2008. 120p. Monografia. Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior. Programa de Pós Graduação em Direito - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Efetivação de políticas públicas e a escassez de recursos financeiros**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10522](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10522)> Acessado em 24 de outubro de 2017.



RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, 2010, v. 15, n. 3, p. 447-460. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768>> Acesso em: 20 de agosto de 2017.

ROSENAU, James N. Governança, **Ordem e Transformação na Política Mundial**. Brasília: Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SABADELL, Ana Lucia. Manual **de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SALES, Juliana Maria Araújo de; PACHÚ, Clésia Oliveira. Direitos sociais e as políticas públicas como mecanismo de efetivação. In PACHÚ, Clésia Oliveira (Org.) **Direitos Sociais: o artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade**. 21ª ed. Campina Grande: EDUEPB, 2015.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Ativismo judicial e concretização dos direitos sociais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, 2013, a.17, n.25, 2013. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjX0\\_Gh4bbXAhXSI5AKHTZeCzEQFggsMAE&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4816060.pdf&usq=AOvVaw3AN2Bz8W6tCqhdchMFJ2Nn](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjX0_Gh4bbXAhXSI5AKHTZeCzEQFggsMAE&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4816060.pdf&usq=AOvVaw3AN2Bz8W6tCqhdchMFJ2Nn)> Acessado em 25 de outubro de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. 00079811820118260286. 8ª Câmara de Direito Público. Relator: Ponte Neto. Julgado em 09 de set. de 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/138708177/apelacao-apl-79811820118260286-sp-0007981-1820118260286>> Acessado em 01 de novembro de 2017.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Revista de Saúde Coletiva**: Physis, Rio de Janeiro, v. 17, n.1, 2007, p. 29-41.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2007, v. 2, n. 2, Santa Maria. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6793>> Acessado em 29 de outubro de 2017.

SILVA, José Afonso da **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Leny Pereira da **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2007. Monografia. (Curso de Pós Graduação Latu Sensu) Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Distrito Federal.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: Uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre. 2006, n.16, pp.20-45. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2017.

TOLEDO, Cláudia. MÍNIMO EXISTENCIAL – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. **PIDCC**. 2017, v. 11, n. 01, p. 102-119. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>> Acessado em 20 de outubro de 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.