

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1099

(Ano XIV)

(29/06/2022)

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 1099



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1099, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 789 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

### COLONISTA DA SEMANA



**O pretexto contramajoritário**  
*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

**O direito constitucional à liberdade de locomoção e sua defesa: um estudo do habeas corpus**

*Guilherme Barbosa Franco Pedreschi, 13.*

**O cosmopolitismo jurídico de Immanuel Kant e a propositura de um ideal de paz perpétua**

*Liza Cristina Barreto Rodrigues, 55.*

**Acordo de não persecução penal e suas características na prática penal**

*Isabel Christina Prazeres Rodrigues, 65.*

**Atos notariais eletrônicos: sua evolução e segurança jurídica**

*Caio Henrique Lopes dos Santos e Charles Frederico Nunes Caixeta, 96.*

**O contrato de convivência na união estável e a sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro**

*Larissa Nunes de Carvalho, 109.*

**Evolução da tutela antecipada no direito brasileiro a luz do instituto de estabilização**

*Ana Paula Rodrigues da Silva, 121.*

**As penas do art. 28 da Lei de Drogas sob a ótica do sistema de justiça criminal: discursos e práticas dos juízes e promotores feirenses no âmbito dos juizados especiais criminais**

*Alana dos Santos Teles, 137.*

**Uma breve análise da responsabilidade civil dos provedores de internet**

*Mariana Oliveira Santos, 210.*

**A atividade policial e os direitos humanos**

*Whanderson da Costa Silva, 227.*

**Interpretação da Expressão “Recurso” Prevista no Artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015: Aplicação Diametralmente Oposta pelo Superior Tribunal de Justiça**

*Lucas Ribeiro Vieira Rezende, 240.*

**História da criação e implementação dos juizados especiais cíveis no ordenamento jurídico brasileiro e a legislação vigente**

*Guilherme Barbosa Franco Pedreschi, 261.*

**A tutela do direito fundamental à saúde e o fornecimento de medicamentos à luz da jurisprudência do STF**

*Larissa Nunes de Carvalho, 280.*

**Punição e justiça na perspectiva de Lyra Filho**

*Betina Schreiner, 291.*

**Os fundamentos da propaganda eleitoral nas redes sociais**

*Luciano Leite Pereira, 302.*

**Liberdade de expressão em tempos de internet**

*Rafael Rodrigues Sousa, 316.*

**A problemática da inefetividade dos direitos humanos a nível global: reflexões acerca do paradigma da soberania estatal**

*Liza Cristina Barreto Rodrigues, 331.*

**Direito ao esquecimento no mundo digital e a proteção dos direitos fundamentais após o posicionamento do STF no RE 1010606/RJ (Repercussão Geral – Tema 786)**

*Mariana Oliveira Santos, 340.*

**O pacote anticrime e sua alteração no crime de estelionato: a novatio legis in mellius que pode não retroagir**

*Lucas Tonzioli, 354.*

**O princípio da confiança legítima frente ao RE 636.553/RS**

*Vinicius Silva de Oliveira, 370.*

**Imputabilidade x incapacidade: a controvérsia estabelecida pelo estatuto da pessoa com deficiência**

*Danielle Gonçalves Silva, 405.*

**Reconvenção Sucessiva (Admissibilidade ou vedação no atual Código de Processo Civil?)**

*José Carlos Menk, 426.*

**Educação ambiental e direito ambiental no contexto das escolas públicas: uma reflexão crítica acerca dos aspectos históricos, legais, das contribuições e desafios na esfera social**

*Susan Fróes de Assunção e Vanessa de Sousa Benchimol Mereles, 439.*

**Sharenting e a violação de direitos da personalidade dos filhos em decorrência da superexposição pelos pais na Internet**

*Mariana Oliveira Santos, 456.*

**A função social do contrato de trabalho e sua repercussão na rescisão contratual**

*Ivahyr Pessoa Lebre Silveira, 476.*

**Direito à saúde e ativismo judicial: limites e possibilidades**

*Haeckel Rodrigo Bulcão da Silva, 487.*

**O acesso ao aborto como um direito humano**

*Betina Schreiner, 510.*

**Possibilidade de a Defensoria Pública de Sergipe receber honorários advocatícios em face do Estado de Sergipe**

*Nathalie Celestino Ribeiro de Oliveira, 532.*

**Lei de anistia: teoria do duplo controle e embates jurisprudenciais**

*Liza Cristina Barreto Rodrigues, 544.*

**A negociação penal no direito brasileiro: a experiência da transação penal em Feira de Santana/BA**

*Alana Dos Santos Teles, 555.*

**A inconstitucionalidade da prática da vaquejada**

*Raynan Paulo Aparecido Silva de Almeida, 619.*

**MONOGRAFIA**

**A Defensoria Pública como garantia institucional dos direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade**

*Livia Martins Nunes Braga, 644.*

## O PRETEXTO CONTRAMAJORITÁRIO

### **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.

É tradicional o entendimento de que o Poder Judiciário, num arranjo democrático, no seio do qual deve imperar a lei e não a força deve exercer um papel “contramajoritário”. Mas qual o sentido e o alcance disso?

É intuitivo (no sentido de evidente) que a atuação contramajoritária só pode ser legitimamente reconhecida em seu enlace profundo com a “imparcialidade”, enquanto característica fundamental do exercício da jurisdição. Significa dizer que o Judiciário deve enfrentar as questões que lhe são postas com o máximo de sobriedade e distanciamento de influências externas. Ao “dizer o Direito” o magistrado, de qualquer grau ou hierarquia não deve ser influenciado pela insanidade das turbas populares, pelas massas tomadas pelas paixões e hoje, especialmente, pelo poder midiático abrangente.

Portanto, falar em atuação contramajoritária do Judiciário tem o significado de um procedimento sustentado na coragem, imparcialidade, tenacidade, equilíbrio e sobriedade. O Juiz não deve ser uma espécie de “justiceiro” movido pela influência de multidões, assim como não pode se deixar levar por poderes que pretendam perverter sua ligação vital com a legalidade (financeiro, político, “status” social, politicamente correto etc.).

A missão do Judiciário é não permitir um “governo dos homens” ou “dos mais fortes” em detrimento de um “governo de leis”. Por isso se afirma com segurança haver uma relação simbiótica entre a atuação contramajoritária, a imparcialidade e a autocontenção judicial.

Mencionar a atuação contramajoritária não implica em alguma concessão de poder imoderado ao Judiciário. Ao reverso, trata-se da imposição de uma “obrigação” ou “ônus” aos magistrados, impedindo-os de julgar à margem da lei e de acordo com as emoções pessoais ou ensejadas por elementos os mais diversos, incluindo a influência das

massas. Não se trata de um “poder”, mas de um “dever” ou, na clássica dicção jurídica, de um “Poder – Dever”.

Não obstante, atualmente se tem notado uma enorme perversão dessa concepção do Judiciário como entidade contramajoritária. Obnubila-se a característica de “dever” e se avulta o aspecto de “poder” a tal ponto que tende o Judiciário a se sobrepor aos demais poderes de maneira desequilibrada, praticamente aniquilando sua capacidade de autocontenção e até mesmo de uma contenção externa propiciada pela divisão de poderes que foi projetada também para evitar abusos judiciais, não somente do executivo e do legislativo. A imparcialidade, a técnica, a cientificidade jurídica e a noção de limites se perdem completamente num movimento de retroalimentação entre a “Judicialização da política” e a “Politização do judiciário”. Ao contrário de manter-se imune a influências diversas do cumprimento da legislação, o Judiciário se deixa invadir e comandar por ideologias propugnadas por grupos com capacidade de mobilização e silenciamento de grande maioria da população, por meio da intimidação do politicamente correto e dos chamados “cancelamentos”. A face jurídica fica opaca, sem brilho e finda submetida a um “tour de force” que tem em mira uma luta pelo “poder”. Isso significa que a política passa a reger um órgão que deveria ter como característica a tecnicidade, cientificidade e a finalidade de prestação de um serviço (prestação jurisdicional). Um órgão que deve focar numa prestação, no cumprimento de uma obrigação ou dever, somente pode enxergar a política e o poder como meros instrumentos secundários e não como fins em si mesmos. O paradigma do Judiciário deveria ser a virtude da “humildade”, no sentido de ter consciência de que sua missão é “servir” e não “dominar”. Ao reverso, porém, a tendência tem sido a transição da função de “guardiões da Constituição” e “servos da lei” para verdadeiros “donos” ou “artífices” destas em uma forma nem tão sutil de tirania. Tudo isso temperado por um elitismo e paternalismo que, na verdade, descrê da democracia e, principalmente, da capacidade de que o povo possa, ainda que indiretamente, se autogovernar. Um elitismo e paternalismo que pretende apagar o indivíduo e a individualidade e substituí-lo por um coletivismo de um homem – massa ideal verticalmente imposto.

O que hoje ocorre é que a chamada “atuação contramajoritária” procura afastar, por suposta superioridade moral e intelectual de “juristas iluminados”, a vontade popular, até mesmo mediante a submissão dos demais poderes instituídos. Parece que se esqueceram de que a categoria dos juristas ou quaisquer outras nunca foi a fonte de indivíduos superiores. Isso simplesmente não existe; nada mais é do que uma “hybris” deletéria.

É um desafio hercúleo compreender o que pretende dizer um Ministro do STF, como Luís Roberto Barroso, ao se referir a “iluminismo” reiteradamente para justificar o ativismo contramajoritário a que se filia. Não pode ser que pretenda fazer uma ligação com



a Revolução Francesa, já que ali nasce o modelo do “Juiz Boca da Lei” (“Le juge bouche de la loi”) numa versão paroxística de positivismo jurídico, formulada pela chamada “Escola da Exegese”, no seio da qual não existia margem alguma para que o magistrado se afastasse um milímetro sequer do sentido literal do texto legislativo. A única interpretação permitida era a gramatical. Também se espera que o iluminismo a que se refere Barroso não seja aquele que levava a matar pessoas, cortando suas cabeças sempre que, de qualquer forma, destoassem dos “iluminados” do momento. Parece que o Ministro se refere à palavra “iluminismo” de uma forma atécnica, sem contextualização histórica, em um sentido literal de pessoas que possuem as “luzes” do entendimento e devem guiar todas as demais no curso da história em busca de um futuro paradisíaco. Mas isso certamente não serve para fundamentar absolutamente nada de forma minimamente racional, parecendo muito mais um truque erístico com o emprego de uma palavra (“iluminismo”) que acaba tendo um efeito positivo meramente emocional nas pessoas, efeito este, aliás, que nem sequer se justifica em uma perspectiva histórico – filosófica minimamente aprofundada. Trata-se de puro obscurantismo fideísta imanentizado invariavelmente presente em toda espécie de totalitarismo.

O exercício do poder numa sociedade é coisa muito séria para ficar a cargo exclusivo de juristas ou de qualquer outro grupo de pessoas dedicadas seja a que atividade profissional ou intelectual for (cientistas, religiosos, médicos, artistas, filósofos etc.). O exercício do poder, num regime democrático, pressupõe divisão, compartilhamento e limitação. Não há espaço para “castas iluminadas”.

Contudo, um terrível autoengano faz com que o brilho da megalomania convença esses “juristas” de que se encontram em meio a uma empreitada civilizatória que somente eles são capazes de conduzir, e que todo e qualquer indivíduo ou grupo que faça alguma crítica à sua atuação, na verdade, age contra a lei, a democracia e a Constituição, merecendo coação e punição exemplares (o que faz temer que Barroso, acima mencionado, talvez possa ter também em mente um dos aspectos mais cruéis da Revolução Francesa quando emprega a palavra “iluminismo” ou “iluminista”). Esses juristas já não se percebem como guardiões e servos da lei, da Constituição e da democracia, mas como a corporificação ou encarnação destas, as quais passam a ter uma configuração fluída, já que agora subjetivada. A segurança jurídica desmorona, a objetividade desaparece, restando apenas tiranetes com suas convicções subjetivas e mutáveis de acordo com a ocasião. Ao mesmo tempo ocorre uma centralização absoluta do poder, lembrando a frase atribuída ao chamado “Rei Sol” (Luiz XIV, 1638 - 1715), “*L’État c’est moi*” (“O Estado sou eu”). Só que agora não somente o Estado. A situação é de aprofundamento na absolutização ou até totalitarização do poder. O Judiciário, em especial seu órgão

máximo, assume a feição do Estado, da Lei, da Constituição, da Moralidade e até da Verdade!

Muitas vezes aponta-se como pretexto para a sobreposição do Judiciário, a efetiva crise de legitimidade e representatividade dos demais poderes de matiz nitidamente político. Age-se como se o Judiciário contasse com alguma credibilidade muito maior e também não fosse objeto de crise similar, a qual somente se agrava com seu envolvimento ideológico e político. Se algum dia o Judiciário teve a capacidade de promover um equilíbrio na relação dos poderes com algum crédito em termos de cientificidade, imparcialidade e honestidade, seu mergulho na politização certamente erodiu sua imagem e o tornou uma instituição sobre a qual pairam as mesmas suspeitas e defeitos que podem ser apontados nos demais poderes.

A vontade e as convicções da maioria perde terreno em prol de ideologias ou crenças minoritárias, consideradas por juízes e/ou tribunais mais acertadas, em geral com o recurso ao desrespeito e alteração ilegítima de dispositivos legais e até constitucionais. Ao invés de uma relação simbiótica entre a atuação contramajoritária e a imparcialidade, contenção e sobriedade, opta-se por uma violação destas necessárias características da jurisdição, dando azo a um "ativismo judicial" *militante* que pretende liberar o magistrado de sua submissão às leis e à constituição. A virtude da humildade e a consciência da obrigação de prestação de um serviço passa longe, muito longe daqueles que se autointitulam iluminados detentores de um saber capaz de guiar todos os demais. Mas é exatamente essa falta de humildade, essa perda de identidade do Judiciário que, longe de torná-lo um suposto portador de luzes, o converte em um guia cego que caminha para o abismo, levando consigo todos aqueles que se submeterem servilmente aos seus delírios de grandeza e pretendendo calar ou eliminar, ainda antes da queda, eventuais dissidentes.

É urgente reconduzir o Judiciário e os demais poderes à sua condição de equilíbrio e, principalmente, de harmonia, redescobindo a identidade do primeiro, perdida em meio a vaidades e vontade de poder.

## **O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E SUA DEFESA: UM ESTUDO DO *HABEAS CORPUS***

**GUILHERME BARBOSA FRANCO PEDRESCHI:**

Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**Resumo:** Dentre os direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição da República, a liberdade é um dos mais importantes, quiçá o maior deles. Um dos instrumentos também previstos na Constituição para sua defesa é o *habeas corpus*. A regulamentação do *habeas corpus* encontra respaldo em lei infraconstitucional e as hipóteses para seu manejo são diversas, todas com a missão encampada pela Constituição: socorrer aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. No campo do direito criminal, não há dúvidas de sua valiosa importância, haja vista que a utilização da privação da liberdade como punição para a prática de delitos. Este estudo buscou analisar o *habeas corpus*, esmiuçando o contexto histórico de sua criação, pincelando as características do remédio heroico e, ainda, discorrendo sobre as suas hipóteses de manejo no direito Pátrio atual.

**Palavras-chave:** direito constitucional; liberdade de locomoção; *habeas corpus*.

**Abstract:** Among the fundamental rights and guarantees stipulated in the Constitution of the Republic, freedom is one of the most important, perhaps the greatest of them. One of the instruments also provided for in the Constitution for its defense is *habeas corpus*. The regulation of *habeas corpus* finds support in infraconstitutional law and the possibilities for its management are diverse, all with the mission assumed by the Constitution: to help those who suffer or feel threatened to suffer violence or coercion in their freedom of movement, due to illegality or abuse of power. In the field of criminal law, there is no doubt of its valuable importance, given that the use of deprivation of liberty as a punishment for the commission of crimes. This study sought to analyze the *habeas corpus*, scrutinizing the historical context of its creation, highlighting the characteristics of the heroic remedy and also discussing its management hypotheses in current country law.

**Key-works:** constitutional law; freedom of movement; *habeas corpus*.

### **Introdução**

No dia 23 de fevereiro do ano de 2006<sup>1</sup>, nos autos do *habeas corpus* número 82.959-7, em controle difuso de constitucionalidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos. Referido artigo dispunha, quanto aos delitos listados na referida lei – hediondos, portanto, – o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado. Após o julgamento do caso concreto, com a notificação do Senado Federal, foi elaborada e ainda se encontra em vigor a Lei 11.464/2007, que passou a possibilitar a progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos. Tal decisão retratou uma evolução jurisprudencial da corte e da jurisprudência pátria, consubstanciando-se em grande avanço nos direitos dos condenados pela prática de crimes hediondos, garantindo a tais apenados o direito à individualização da pena, previsto na Constituição da República.

Muito mais do que o brilhantismo do voto dos ministros que concederam a ordem pleiteada e declararam inconstitucional o mencionado artigo da Lei dos Crimes Hediondos, merece destaque a ação que propiciou a discussão: o *habeas corpus*.

No caso concreto, o *writ* foi redigido diretamente de dentro de uma cela. O impetrante: o próprio paciente, condenado em definitivo a uma pena de mais de 12 anos em regime integralmente fechado. As custas pagas para conhecimento de seu apelo: nenhuma. O conhecimento técnico e científico comum àqueles que advogam na Suprema Corte: nenhum, haja vista que o paciente e impetrante também não o possuía e lançou mão do direito de exercer sua capacidade postulatória para tal intento. A impetração: por meio de uma carta enviada à Suprema Corte.

Tais fatos destacam importantes características do *habeas corpus*, o qual permite a toda e qualquer pessoa defender o direito à liberdade de locomoção, seja para si ou para outrem, para brasileiro ou estrangeiro, interessado ou não na ordem, representado ou não por advogado, mesmo que hipossuficiente financeiramente.

De fato, tais características decorrem da missão constitucionalmente entregue ao *habeas corpus*: a salvaguarda do direito à liberdade de locomoção.

Por meio do *habeas corpus*, é franqueado ao Poder Judiciário a discussão dos mais diversos temas que afligem a sociedade, além de possibilitada a garantia individual buscada pelo impetrante.

Com raízes que remontam ao direito romano, o *habeas corpus*, assim como a jurisprudência das cortes superiores, evoluiu com o tempo e passou a ser admitido

---

<sup>1</sup> STF, 2006, on-line

em diversas situações e de diferentes formas.

Podemos aqui memorar também uma inovação na jurisprudência pátria quando recentemente, no ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal conheceu *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, e concedeu-lhes a ordem para garantir a conversão da prisão cautelar em prisão domiciliar<sup>2</sup>, afastando, portanto, a necessidade de individualização do paciente.

A constante evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores pode garantir – como o fazem na grande maioria das vezes – a aplicação dos primados da justiça ao caso concreto. Neste diapasão, em razão das características que lhe são próprias, o *habeas corpus* possibilita aos jurisdicionados a facilitação do acesso ao Poder Judiciário.

## **1. Liberdade**

A chegada de Adolf Hitler ao poder e, conseqüentemente, sua ascensão na Alemanha, com o domínio das terras europeias, o regime nazista cresceu vertiginosamente no mundo e tornou-se marco na História como um evento de terror e restrição de liberdades, em uma ditadura cuja base se solidifica na exclusão do indivíduo como ser pensante e indiferente ao Estado-Juiz.

Pelo recente histórico, com o término da II Guerra Mundial e a verificação das mais diversas atrocidades nela cometidas contra o homem, as razões históricas que levaram diversos países à constitucionalização da dignidade da pessoa humana tornaram-se evidentes e a recuperação da pluralidade do espaço público voltou a ser um ideal a ser conquistado. Nesse sentido, o Judiciário brasileiro foi ajustado conforme as constituições europeias do pós-guerra; todas analíticas.

Por esses e outros fundamentos, a lei maior de um país, não só a Constituição da República Brasileira de 1988, bem como a maioria das Constituições Latino-Americanas, são fruto da luta contra o autoritarismo, desenhada em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo. Assim, na linha do constitucionalismo contemporâneo, incorporou-se expressamente ao seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como se contém no art. 1º, III da Constituição da República.

---

<sup>2</sup> STF, 2018, on-line

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 111-112):

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade.

Nessa conjuntura de significantes libertários, em 1942, no contexto de dominação nazista, fora escrito o mundialmente conhecido O Diário de Anne Frank, obra autobiográfica, escrito em um esconderijo na Holanda onde Anne Frank se abrigava com sua família, escondida da perseguição nazista, cujo diário relata o cotidiano da garota alemã e judia que foi obrigada a crescer em um ambiente conturbado, privado de liberdades usuais, neste episódico período infeliz da História.

Nesse passo, desde os tempos mais idos da civilização, a liberdade acompanha toda a trajetória da vida humana em todas as dimensões possíveis (políticas, jurídica, econômica, existencial etc.). Para o mundo ocidental, ela se materializa como um dos valores mais caros. Sendo, inclusive, um valor acima da vida, como já alertava Dom Quixote (2013, p. 231):

A liberdade, Sancho, é um dos dons mais preciosos, que aos homens deram os céus: não se lhe podem igualar os tesouros que há na terra, nem os que o mar encobre; pela liberdade, da mesma forma que pela honra, se deve arriscar a vida, e, pelo contrário, o cativo é o maior mal que pode acudir aos homens.

Lado outro, malgrado sua aceção fundamental ao homem, esta, por sua vez, transcende o valor positivo, tendo em vista que ela também pode ser fruto da angústia existencial.

No entender de Sartre, a preocupação existencial de que o indivíduo deve fazer uma opção, ao deparar-se com tantas possibilidades em sua vida. Esta consciência de escolha, infelizmente, gera nele angústia; trata-se de uma angústia simples, gerada pela responsabilidade de opções, o homem é livre e responde por suas escolhas, não podendo culpar a outrem por suas glórias ou fracassos. Nesse ponto, ele afirma:

O homem é livre porque não é si mesmo, mas a presença a si. O ser que é o que é não poderia ser livre. A liberdade é precisamente o

nada que é tendo sido no âmago do homem e obriga a realidade humana a fazer-se em vez de ser. [...], para a realidade humana, ser é escolher-se: nada lhe vem de fora, ou tampouco de dentro, que ela possa receber ou aceitar. Está inteiramente abandonada, sem qualquer ajuda de nenhuma espécie, à insustentável necessidade de fazer-se ser até o mínimo detalhe. Assim, a liberdade não é um ser: é o ser do homem, ou seja, seu nada de ser.<sup>3</sup>

Sendo, assim, para Jean- Paul Sartre, o homem é homem pela sua condição de ser livre. O homem é fruto de sua liberdade porque diuturnamente escolhe as ações que irá praticar. Logo, a liberdade não é uma conquista humana, ela é uma condição da existência humana.

Em outras palavras, a liberdade é, desta forma, um valor intrínseco da pessoa, superior a qualquer preço que queiram lhe fixar.

Neste sentido devemos memorar, inclusive, que a liberdade é a base dos direitos fundamentais de primeira geração.

Assim, como defesa da pessoa humana perante o Estado-Juiz, a inserção do cidadão em uma ordem jurídica certa e determinada faz dele objeto de proteção dessa mesma ordem, não apenas quando é vítima de um fato, mas, sim, também quando este é autor de tal fato. Ou seja, de nada valeriam as garantias fundamentais se a ordem jurídica só protegesse os lesados.

Na verdade, a Constituição de qualquer Estado Democrático de Direito deve ser orientada, de maneira preferencial, à proteção dos direitos da pessoa humana, a qual deve prevalecer sobre qualquer outra norma.

Sob esse aspecto, a Constituição da República Brasileira afirma como fundamento do Estado, além da soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º). Por esses pressupostos, pode-se dizer que a pessoa humana constitui o centro da ordem jurídica.

Dentre referidas garantias fundamentais dispostas na Constituição da República, há, como direito fundamental, o respeito à integridade física e moral do reeducando, conforme artigo 5º, XLIX.

---

3 (SARTRE, 1997, p.545)

Todavia, o Brasil, infelizmente, está ao lardo do respeito aos seus reeducandos que, na maioria das vezes, vivem reclusos em masmorras da modernidade cuja sociedade e desenha cada vez mais punitivista.

O caos nos presídios brasileiros é generalizado. As facções que atuam dentro dos presídios estão ligadas à parte da violência que os brasileiros enfrentam em seu cotidiano do lado de fora deles. A segurança das penitenciárias é precária e rebeliões são quase sempre inevitáveis.

Fatos confirmados, inclusive, pelo subcomitê da ONU que, ao visitar diversos presídios brasileiros, concluiu que há prática de tortura e maus-tratos e descreve a situação que encontrou como “cruel, desumana e degradante, devido à grave superlotação” (PINHA, 2016, on-line), afirmando, ainda, que o Estado Brasileiro é cúmplice aos fatos descritos.

O problema é ainda mais impactante quando usamos como parâmetro um estabelecimento prisional de países desenvolvidos, mais precisamente os países europeus, cujas condições são melhores do que aquelas em que se encontram a maior parte dos presos brasileiros.

Ao fim e ao cabo, como forma de efetivação dos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, seja de pessoas livres ou privadas da liberdade em razão da prática de crimes, o *habeas corpus* se mostra como um importante instrumento Constitucional. De modo primeiro, protege o ir e vir. No mais, protege o indivíduo de todo e qualquer arbítrio por parte do Estado-Juiz.

Neste diapasão, é importante instrumento em qualquer das fases da punição estatal e deve ser franqueado de forma irrestrita para a defesa do direito à liberdade de locomoção.

## **2. *Habeas corpus* e o direito à liberdade de locomoção**

*Habeas corpus*, remédio heroico, remédio constitucional, *writ*, *mandamus*. Diversas são as denominações comumente utilizadas pela doutrina e jurisprudência pátria para a denominação do instituto em estudo. Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor e promulgada aos 05 de outubro de 1988, o denomina tão somente como *habeas corpus*, expressão latina que pode ser traduzida como “tomai o corpo”.

Hodiernamente, o *habeas corpus* é previsto em diversos tratados e convenção de direitos humanos. Neste sentido, não podemos deixar de mencionar que o *mandamus* também consta como garantia fundamental em diversos documentos, tais



como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia (1950) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Por sua vez, no ordenamento jurídico pátrio, a previsão a nível constitucional do *habeas corpus* encontra correspondência no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o qual prevê que

Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

De uma rápida análise do texto da Constituição é possível constatar que o *habeas corpus* busca preservar o direito de liberdade de locomoção do indivíduo. Contudo, não é apenas um direito do indivíduo, mas é também verdadeira garantia constitucional, nos termos da Constituição da República.

No âmbito infralegal, o *habeas corpus* encontra previsão no Decreto-Lei nº 3.689/1941, qual seja, o Código de Processo Penal, especificamente no artigo 647 e seguintes. Possui, ainda, peculiaridades disciplinadas em diversos atos normativos dos tribunais de justiça, a fim de que sejam previstas e regradas as situações específicas de cada órgão do Poder Judiciário.

Ao longo dos séculos, tal qual ocorreu com os diversos institutos do Direito, o *habeas corpus* sofreu e ainda sofre constante evolução em seu conceito e características, os quais passaremos à análise neste capítulo, iniciando-se pelos antecedentes históricos no mundo e, em especial, na evolução ocorrida no direito pátrio e constitucional.

## 2.1 Antecedentes históricos

Em que pese a ausência de um consenso na doutrina, muitos apontam que a origem do *habeas corpus*, ainda que tímida, remonta ao direito romano clássico. Não poderia ser diferente, uma vez que, de maneira geral, os variados institutos do Direito possuem origem no direito romano.

No direito romano, portanto, a ação equivalente ao *habeas corpus* era denominada *interdictum de homine libero exhibendo*, a qual pode ser traduzida como o "interdito para exibir o homem livre".

Nas palavras de Heráclito Antônio Mossin (2013, p. 11), referida ação visava

“reclamar o homem livre que era retido ilegalmente”. Conforme ensina o professor, a ação em questão,

[...] tinha por finalidade precípua tutelar quaisquer espécies de violência e coação ilegais contra a pessoa, e não somente, como acontece no estágio atual do instituto, a proteção do direito de ir, vir e ficar do indivíduo, enfim, sua liberdade corpórea, [...].

A retenção a que se faz menção, que era objeto da *actio ad exhibendum* (ação de exibição), dizia respeito a ato coativo indevido praticado pelo particular que retinha indevidamente, ilegalmente o homem livre, conforme registro em fragmento do Digesto: *hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit: sed si non defendatur, in bona ejus eundum ait*.<sup>4</sup>

Válter Kenji Ishida (2015, p. 3), por sua vez, aponta outro antecedente histórico :

*Outra possibilidade: o direito ibérico.* Salieta Frederico Marques (ob. cit., p. 347) que a origem do *habeas corpus*, segundo outros autores, estaria vinculada aos *Fueros de Aragón* (Foros de Aragón) ou ainda aos *Fueros de Viscaya* (Foros de Viscaya), de 1527, estes limitando a prisão à ordem do juiz ou ao caso de flagrante delito. Isaac Sabbá Guimarães (ob. cit., p. 146-148) especifica esses foros editados no Reino de Aragón. Existiam a *firma de derecho*, servindo para inibir atuação futura dos juízes, e a firma de *agravios hechos*, quando a atuação dos magistrados já estava consumada. A decisão caberia ao *Justitia Mayor*. Em um momento posterior, o *Justitia Mayor* poderia deferir medidas que atenuassem a situação prisional daqueles submetidos ao processo criminal ou mesmo conceder-lhes a liberdade. Essa segunda fase se denominava *Manifestación de personas* e tinha como escopo evitar abusos de autoridades prisionais ou de particulares. Inseria o estabelecimento de dois regimes prisionais: o da prisão cautelar e o da prisão decorrente de condenação.

Referido autor ainda cita o *Foro De Manifestationibus personarum*, originário das Cortes de Teruel (1428), ao tempo do rei Alfonso V. O *Justitia* poderia conceder a ordem de *manifestación*. O procedimento

---

4 MOSSIN, 2013, p. 11

não permitia procrastinações por parte da autoridade que mantinha a pessoa presa. Para manter a segurança pessoal do preso, havia possibilidade de mantê-lo preso, mas sob a fiscalização do *Justitia*, ou então fornecer a “casa por cárcere”, ou seja, uma forma de prisão domiciliar. O *Justitia* zelava pela administração dos estabelecimentos penitenciários, sendo a autoridade máxima, sobrepondo-se até ao rei e aos seus delegados. O procedimento evoluiu de tal forma que era possível aos manifestados (presos provisórios) a concessão da liberdade provisória mediante fiança (*caplieuta*). O procedimento de *manifestación* poderia ser requerido por aragonês ou estrangeiro que estivesse de passagem, pelo próprio preso ou por terceira pessoa em seu nome. Todavia, havia uma restrição: a *manifestación de personas* não era permitida aos plebeus que não eram sujeitos de direitos. Também as pessoas submetidas ao Tribunal do Santo Ofício (religioso) não poderiam se valer da *manifestación*. O centralismo foi um óbice ao progresso da *manifestación* e a partir do século XVII o procedimento caiu em desuso.

Apesar de referida menção ao direito ibérico, é mesmo sobre o direito romano e o direito inglês que a doutrina mais se debruça ao estudar o surgimento do *habeas corpus*.

Nesta esteira de ideias, Norberto Avena (2017, p. 789), por sua vez, chama a atenção para a divergência de posicionamentos na doutrina:

Oscila a doutrina quanto ao momento histórico em que surgiu o *habeas corpus*. Alguns apregoam que este instituto surgiu em consequência de uma ação contemplada no Direito Romano, chamada de *interdictum de libero homine exhibendo*, pela qual se facultava a todo cidadão o direito de reclamar a liberdade ao homem que estivesse ilegalmente preso. Outros afirmam que a sua origem remonta ao ano de 1679, na Espanha, por ocasião do reinado de Carlos II. Sem embargo destas opiniões, a maioria dos escritores sustenta que o *writ* teve sua origem remota na Constituição da Inglaterra de 1215 (*Magna Charla Libertatum*), outorgada pelo Rei João-Sem-Terra.

De fato, a maioria da doutrina aponta que a história deste instituto remonta a origem com a promulgação da *Magna Charta Libertatum*, do Rei João Sem Terra,

no ano de 1215, na Inglaterra, a qual, por tamanha importância, passou a ser chamada como mãe do *habeas corpus* (ISHIDA, 2015, p. 4).

Conforme dispunha referida carta, o *writ of habeas corpus* pôde ser vislumbrado a partir da necessidade de apresentação da pessoa física do preso perante a autoridade judiciária:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.<sup>5</sup>

Examinando a ordem prevista na Carta Magna, Hélio Tornaghi<sup>6</sup> aduz que:

O *habeas corpus* é, no Direito inglês, do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), isto é, seja feito de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de *habeas corpus* (*ad deliberandum et recipiendum; ad faciendum; ad testificandum*). Mas a expressão *habeas corpus*, em mais nada, *habeas corpus* por antonomásia, designa o *habeas corpus ad subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa para apresentá-la, e de indicar o dia e a causa de sua prisão, a fim de que ela faça (*ad faciendum*), de que se submeta (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for julgado correto pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blacstone, o mais célebre mandado (*writ*) do Direito inglês e baluarte permanente de nossas liberdades (*the stable balwark o four libertatis*).

Em que pese a repercussão positiva, a Magna Carta era constantemente violada pelo Rei João Sem Terra e até mesmo após sua morte pelos demais reinados que se seguiram.

Sob o reinado déspota de Carlos I, o Parlamento convocou assembleia

---

5 <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>

6 1989, p. 382-3, *apud* Heráclito Antônio Mossin, 2013

para o que seria outro grande marco na história do *habeas corpus*: a proclamação da *Petition of Right*, no ano de 1628. Fernando Capez<sup>7</sup> resume o contexto histórico em que se deu a proclamação da *Petition of Right*:

Sob Carlos I, que pretendia governar sem leis e sem nobreza, a campanha dos ingleses pela liberdade recomeçou. Detestado por seu autoritarismo e arbitrariedade, chegou a impor certo imposto geral e sistemático, denominado *ship money*, o que desencadeou uma série de protestos da nobreza, repelidos com violência e prisões ilegais. Essa situação perdurou até que o movimento de oposição determinou mais tarde a chamada *Petition of Rights* (Petição de Direitos), uma declaração formal redigida por Thomas Wentworth, onde foram reafirmadas as liberdades públicas fundamentais e o respeito às leis de *habeas corpus*. O rei viu-se forçado, afinal, a dar seu consentimento expresso à Petição, em 7 de junho de 1628, o que foi uma grande conquista em defesa dos direitos individuais. Contudo, mesmo depois da Petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a todo momento, ou, o que era ainda pior, simplesmente desobedecidas.

Apesar da novidade, as ordens de *habeas corpus* ainda eram constantemente desobedecidas, o que levou à promulgação da lei denominada *Habeas corpus Act*, de 1640, após revolução que retirou o rei Carlos I do poder.

Posteriormente, referida lei foi alterada pela Lei conhecida por *Habeas corpus Act*, de 1679, a qual, efetivamente, instituiu o procedimento da garantia constitucional em estudo. Nas palavras do professor Fernando Capez (2020, p. 833):

As reivindicações libertárias continuaram, e, em 1679, já sob o reinado de Carlos II, surge o *Habeas corpus Act*, consagrando-se o *writ of habeas corpus*, como remédio eficaz para a soltura de pessoa ilegalmente presa ou detida. Por meio do *writ of habeas corpus*, a pessoa que estivesse sofrendo uma restrição à sua liberdade podia pedir ao juiz a expedição de uma ordem, a fim de que o responsável pela ilegal detenção a apresentasse para se constatar a legitimidade do encarceramento. O *writ*, entretanto, limitava-se a atender pessoas acusadas de crime, não tendo aplicação para os demais casos de

---

7 CAPEZ, 2020, p. 833

prisão ilegal.

Novamente, em 1816, a Inglaterra promulgou um novo *Habeas corpus Act*, para suprimir as falhas da legislação anterior.

Enquanto o instituto evoluía no direito inglês, começou a surgir também no direito de outros países, a exemplo do direito norte-americano, no fim do século XVII, por meio da *common law*, do direito argentino, por meio da introdução no Código de Procedimentos em 1887; do direito português, com a promulgação da Constituição de 1911; dentre outros.

## 2.2 Evolução no direito pátrio e constitucional

Voltando os olhos ao direito pátrio, primeiramente, é de importante destaque apontar, conforme ensina o professor Heráclito Antonio Mossin (2013, p. 19), que

[...] a legislação reinol em nenhum momento tratou do instituto do *habeas corpus*. Assim é que as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, embora posteriores ao ano de 1215, também não cuidaram desse importantíssimo instituto.

O surgimento, na visão do referido professor (MOSSIN, 2013, p. 20), ocorreu com o Decreto de 23 de maio de 1821, promulgado após partida de D. João VI para Portugal. Em referido documento eram previstos direitos de proteção à liberdade física do indivíduo, aspectos da prisão em flagrante, proibição de prisão sem culpa formada, prazo para o término do processo, publicidade da audiência, proteção dos direitos humanos do preso, dentre outros.

Nas palavras do referido professor,

[...] embora nenhuma menção fizesse aquele diploma ao *habeas corpus*, nada mais claro que a necessidade de um instrumento legal capaz de abarcar os direitos individuais ali contidos. Diante dessa razão, fica assentado que essa legislação foi a primaz para o surgimento do *writ* tutelador do direito de ir, vir e ficar do cidadão no Brasil.<sup>8</sup>

Posteriormente, no ano de 1824, foi promulgada a Constituição do Império, porém, o *habeas corpus* ainda não foi previsto na referida Constituição. Contudo, a despeito da ausência de menção expressa ao *habeas corpus*, a doutrina aponta sua

---

<sup>8</sup> MOSSIN, 2013, p. 22

previsão implícita, inspirado no decreto anteriormente referido.

Nos termos do artigo 179, §8º da referida Constituição:

Ninguém será preso, sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro do prazo de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e, nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as.<sup>9</sup>

José de Alencar<sup>10</sup> foi um grande defensor da ideia de que o *habeas corpus* surgiu implicitamente na constituição. Em suas palavras

Alguns pensam que o *habeas corpus* data do Código de Processo (1832); minha opinião é contrária. Entendo que, embora caiba aos autores do código do processo a gloria de terem compreendido e tratado de desenvolver o pensamento constitucional, todavia o *habeas corpus* é um instituto constitucional, o *habeas corpus* está incluído, está implícito na Constituição, quando ela decretou a independência dos Poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer tudo quanto entende com a liberdade pessoal.

A despeito de tal entendimento, forte nas premissas de diversos defensores de tal tese, a expressa menção do instituto do *habeas corpus* no direito pátrio ocorreu com a promulgação do Código Criminal do Império, no ano de 1830.

Nos artigos 183 a 188 do referido código, restaram previstos diversos tipos penais relativos a condutas de autoridades que, de alguma forma, atentassem contra o direito ao *habeas corpus*. A exemplo, era tipificada penalmente a recusa ou retardamento de concessão de ordem de *habeas corpus*, bem como a recusa ou retardamento ao seu cumprimento.

Contudo, não se passava de simples menção, já que o Código Criminal

---

9 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)

10 V. 4, p. 10, *apud* Heráclito Antônio Mossin, 2013

disciplinava o direito penal material, ou seja, tipificava tipos penais relacionados ao *habeas corpus*. Não restou disciplinado o conceito ou as características do referido instituto.

Faltava, portanto, a efetiva instituição e disciplina processual do instituto do *habeas corpus*.

A ausência de previsão e disciplina do instituto, apesar da menção no Código Penal, é explicada por Alberto Zacharias Toron (2018, p. 40) que, em sua obra dedicada ao *mandamus*, esclarece que a tramitação dos códigos penal e processual ocorreu de maneira simultânea, contudo, a conclusão da elaboração das leis e consequente promulgação ocorreu em períodos diversos. Em suas palavras:

O instituto do *habeas corpus*, de fato, vem referido pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico nos artigos 183 a 188 do Código Criminal do Império de 1830, que punia desde o juiz que viesse a embarçar ou retardar a concessão da ordem “quando lhes forem regularmente requeridas” (art. 183) até aquele se recusasse a prestar auxílio ao oficial encarregado da execução de uma “ordem legítima de *habeas corpus*” (art. 188). O curioso é que embora houvesse tutela penal à ordem de *habeas corpus*, este só veio a ser contemplado entre nós com o advento do Código de Processo Criminal de Primeira Instância [...]. O paradoxo do compasso legislativo é explicável pelo fato de que o trâmite dos Projetos de Códigos se dava em paralelo na Câmara. Todavia, o Criminal acabou sendo promulgado antes do correlato Código processual, o que gerou um paradoxo de termos normas incriminadoras de um instituto ainda inexistente.

Assim, dois anos depois, foi promulgado o Código de Processo Criminal, o qual, efetivamente, foi a primeira lei no país a prever e disciplinar o *habeas corpus*.

Conforme dispunha o artigo 340 do referido código,

Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.<sup>11</sup>

O Código de Processo Criminal de 1832 inovou no ordenamento jurídico trazendo diversas previsões até hoje presentes no direito pátrio, as quais evoluíram para o

---

11 [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-36004-29-novembro-1832-541637-publicacaooriginal-47265-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-36004-29-novembro-1832-541637-publicacaooriginal-47265-pl.html)



atual cenário do *habeas corpus* no país, bem como do direito processual penal.

Neste sentido, o artigo 341 regulamentou o pedido de *habeas corpus* dispondo que deveria ser deduzido por meio de petição, indicando-se o nome da pessoa que sofrera a violência e daquele que lhe causara, o conteúdo da ordem que originou a prisão, as razões em que se funda a alegada ilegalidade da prisão e a assinatura e juramento sobre a verdade de tudo o que se alega.

Ao seu turno, nos artigos 344 e 355 do referido código eram previstas as possibilidades de concessão da ordem de ofício e requisições de informações.

Por sua vez, o artigo 353, definiu as hipóteses que caracterizavam a prisão ou o constrangimento ilegal: a prisão sem justa causa; o excesso de prazo da prisão do réu preso sem ser processado; decorrente de processo nulo; a prisão determinada por autoridade incompetente; e, por fim, a permanência da prisão quando já cessado o motivo que a justificava.

A redação da referida lei, nas palavras de Pontes de Miranda<sup>12</sup>, era motivo de elevado reconhecimento, já que “o Código do Processo Criminal de 1832 inspirou-se, como se vê, no *Habeas corpus Act* inglês de 1679 e 1816, adquirindo, todavia, feita característica – e, por que não dizer? – excelentemente nacional”.

Em 1871 um novo marco na evolução histórica do *habeas corpus* ocorreu com a promulgação da Lei 2.033, de 20 de setembro.

Com o advento de referida lei, restou reconhecido o direito de uso do *mandamus* por estrangeiros e de concessão em casos de ameaça de constrangimento ilegal. Assim, na história do *habeas corpus*, no ano de 1871, já contávamos com a possibilidade de manejo da ordem de maneira preventiva e repressiva.

Interesse anotar que, neste momento histórico, a lei falava em cidadão e, diante da escravidão que ainda imperava no país, o *habeas corpus* não protegia os escravos, ainda tidos como coisas. Mas isso não era óbice para óbice Luiz Gama, conforme explica Alberto Zacharias Toron:

Abrindo um parêntesis, o escravo não podia, em princípio, impetrar ou mesmo ser beneficiado com o *habeas corpus*, pois era tido como coisa, mercadoria. É que o Código de Processo Criminal de Primeira

---

12 P. 134, *apud* Heráclito Antonio Mossin, 2013, p. 25

Instância, n'já citado art. 340, confinava a capacidade postulatória ao "cidadão". Sem embargo, anota NELSON CÂMARA que Luiz Gama, o advogado dos escravos, "argumentava com a lei de 1831, que proibira o tráfico negreiro, bem como com a subsequente lei proibitiva de 1850 (Eusébio de Queiroz), para demonstrar que o infeliz havia ingressado em território brasileiro em condição de liberdade, pois o tráfico, estando abolido, a própria legislação abolidora acolhia tal entendimento. Argumento muito com a Lei do Ventre Livre (Lei Feijó), como argumentou com a lei que obrigava o registro de matrícula e o preço de aquisição do escravo. E argumentava com a lei que considerava o abandono do escravo por mais de cinco anos como forma de concessão de liberdade". 13

Ainda sobre os antecedentes legais anteriores à previsão constitucional, Heráclito Antonio Mossin (2013, p. 19) aponta dois documentos legais editados com força de lei, pelo Governo Provisório, quais sejam, os decretos de n. 510, de 22 de junho, e o de n. 914-A, de 23 de outubro, ambos de 1890.

Contudo, o *habeas corpus* somente foi elevado à garantia constitucional com a sua previsão na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

No artigo 72, §22, a Constituição Republicana previa que: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".

Heráclito Antonio Mossin (2013, p. 29) aponta a importância de elevação do *habeas corpus* a nível constitucional:

A regra constitucional inserta operou, indubitavelmente, grande mutabilidade no direito daquela época. É que, ao elevar o *habeas corpus* à qualidade de dogma constitucional, lhe deu maior consistência, além de proporcionar mais segurança no sentido de sua maior durabilidade. Há de convir que é muito mais difícil a reforma de um texto constitucional, notadamente nos idos de 1981, quando o conservadorismo imperava, oportunidade em que se promulgava a primeira Constituição republicana, do que a revogação de uma lei processual penal, em que o processo legislativo é bem mais singelo.

A partir desta primeira previsão a nível constitucional, o *habeas corpus* restou previsto em todas as demais constituições, tanto as outorgadas como as

---

13 TORON, 2018, p. 42

promulgadas, até a atualidade.

Interessante debate doutrinário e jurisprudencial surgiu, à época, em torno de qual era abrangência do texto constitucional em relação ao *habeas corpus*.

Com efeito, com o advento da disposição constitucional garantindo o *mandamus* ao indivíduo que sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, a interpretação do texto constitucional possibilitava o alargamento dos direitos fundamentais tutelados pelo *habeas corpus*.

De fato, a Constituição não limitou o campo de incidência da ilegalidade ou abuso de poder, como o fez o Código de Processo Criminal ao dispor que cabia *habeas corpus* nas hipóteses em que o indivíduo sofria uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade.

Na Constituição, importante repetir, o *habeas corpus* era previsto para coibir a violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. Não restava previsto, portanto, que tal coibição visava proteger tão somente o direito de liberdade.

Em razão da ausência de limitação da previsão de concessão da ordem, surgiram diversas vozes sustentando, portanto, que o *habeas corpus* poderia ser utilizado para salvaguardar outros direitos além da liberdade de locomoção.

Surge, de tais debates, a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* e, em Rui Barbosa, encontramos seu maior defensor.

Conforme explica Heráclito Antônio Mossin (2013, p. 31):

Foi Rui Barbosa, inexoravelmente, quem deu a mais larga e ampla abrangência ao texto da Carta Republicana de 1891. Para ele, o *writ* não operava-se instrumentalmente só para amparar a liberdade física do indivíduo, o *ius manendi, eundi e veniendi*, ia além, posto que seu âmbito deveria compreender qualquer que fosse a liberdade, qualquer direito individual transgredido por arbitrariedade ou ilegalidade. A Constituição Federal contém regras que devem ser interpretadas em termos amplos, não podendo ser restringidas apenas para compreender a circunscrição do remédio constitucional relativamente aos abusos ou ilegalidades cometidos contra a liberdade de locomoção.

Andrei Koener (1999, p. 177), ao dissertar sobre a atuação de Rui Barbosa em defesa do *habeas corpus* explica que

[...] o *habeas corpus* era para ele um instrumento da ordem pública, com o qual o Judiciário poderia impedir que a autoridade política atuasse ilegalmente no que diz respeito à liberdade dos cidadãos. O *habeas corpus* era a primeira de todas as garantias para o cidadão. Era um instituto excepcional, no sentido de que seria o instrumento por excelência de defesa da liberdade individual. (...) Rui Barbosa apresentava esses elementos de modo a abrir as mais amplas possibilidades de utilização do *habeas corpus* pelos indivíduos, e, ao mesmo tempo, deixar à autoridade os critérios mais estritos de defesa. Ele argumentava que, além das prisões e detenções ilegais, se deveria ampliar o campo de aplicação do *habeas corpus* a outros direitos individuais. Essa extensão justificava-se, inicialmente, porque o princípio fundamental das Constituições livres era que em todas as situações em que houvesse um direito individual lesado, deveria existir um instrumento judiciário para eliminar esta injustiça. (...) Outro argumento era pragmático: se a característica das instituições livres era a existência de garantias simples e eficazes contra atentados aos direitos individuais e se não existiam no Brasil *writs* que garantiam os cidadãos nos Estados Unidos e Inglaterra, seria necessário ampliar o âmbito de aplicação do *habeas corpus*, como garantia para todos os direitos individuais. Um terceiro argumento em favor da ampla aplicabilidade do *habeas corpus* decorria do seu reconhecimento na Constituição, com que o instituto adquiriria o estatuto de garantia constitucional, consagração que não tinha durante o Império, quando era uma instituição da legislação ordinária. Enfim, pelo próprio enunciado genérico do artigo 72, §22, a Constituição Federal teria rompido "abertamente" com a concepção estrita do *habeas corpus* no regime anterior."

Contrariamente ao posicionamento de Rui Barbosa manifestaram-se outros juristas, tais como Pedro Lessa e Pontes de Miranda, os quais sustentavam uma posição restritiva do uso do *mandamus* e direcionada à proteção da liberdade de ir e vir do indivíduo, tão somente.

Quanto aos debates da época, Heráclito Antônio Mossin (2013, p. 37) aponta que:

Não resta a menor dúvida, tendo em linha de consideração o que

restou transcrito e considerado, que a doutrina e a jurisprudência republicanas deram uma interpretação muito elástica ao preceito que elevou o *habeas corpus* a dogma constitucional, dando-lhe a verdadeira e genuína característica de instrumento protetor e tutela de direito individual, diga-se de passagem, do que havia lhe dado o Direito inglês. Ao que tudo indica, aquela inspiração teve como modelo o *interdictum de homine exhibendum* ou as Cartas de seguro, cuja abrangência superava a proteção exclusiva da liberdade física do indivíduo – *ius manendi, ambulandi, eundi, veniendi ultra citroque*.

Não bastasse a ausência de delimitação do direito tutelado, o que, por si só, já era pano de fundo para o debate em questão, ainda era importante observar que, à época, o *habeas corpus* era o único instrumento previsto na Constituição para a defesa de direitos.

Contudo, com a reforma constitucional provocada pela emenda de 3 de setembro de 1926, restou restrita a incidência do *writ* com a nova redação do artigo 72, §22, que passou a dispor que “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.”

Assim, a reforma da Constituição de 1891 tentou colocar uma pá de cal na discussão travada na doutrina e jurisprudência. De fato, tentou, uma vez que a doutrina explica que, não obstante a limitação imposta pela reforma da Constituição, a posição liberal ainda continuou prevalecendo.

Nos ensinamentos de Heráclito Antonio Mossin (2013, p. 42):

Ao que se vislumbra pelos dados históricos, que devem ser aglutinados como um todo, não obstante o legislador constituinte ter usado no texto constitucional reformado a expressão “liberdade de locomoção”, para, dessa forma, não permitir que o *habeas corpus* fosse usado para a tutela de outras liberdades, a verdade inconcussa é que a posição liberal continuou prevalecendo. Aliás, esse comportamento até certo ponto era perfeitamente justificável, porquanto não existia outro remédio para a tutela das liberdades individuais, exceto quando o conflito intersubjetivo de interesses tivesse como socorro as vias ordinárias.

Ainda segundo o Autor, um novo capítulo para a celeuma ocorreu com a promulgação da Constituição de 1934, que novamente trouxe em seu bojo disposição que dava margens ao alargamento interpretativo:

Seguindo os passos históricos do *habeas corpus* no direito pátrio, há de se deixar firme que a tendência liberal culminou em ter o conforto da consagração constitucional na Magna Carta de 16 de julho de 1934, que em seu art. 113, n.23, deu àquele instituto a largueza que ostentava ele na Constituição de 1891 e, por via de consequência, desprezou o sentido restritivo que havia lhe dado a reforma de 1926.<sup>14</sup>

Com efeito, o artigo 113, n. 23 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil dispunha que:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe *habeas corpus*.

Contudo, referida Constituição inaugurou o mandado de segurança no direito pátrio, o qual restou disciplinado no artigo 113, n. 33:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser ouvida a pessoa de direito público interessada.

Assim, já não era mais possível dar ao *habeas corpus* a mesma abrangência do texto original da Constituição de 1934. Destarte, à época, firmou-se o entendimento de que o direito de locomoção era tutelado pelo *habeas corpus*. Os demais direitos, a seu turno, pelo mandado de segurança.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, limitou a incidência do *habeas corpus* aos atentados à liberdade de ir e vir, conforme constou do artigo 122, n. 16:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir

---

<sup>14</sup> MOSSIN, 2013, p. 43

e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Apesar de referida Constituição não disciplinar o mandado de segurança, a celeuma sobre a incidência do *habeas corpus* para defesa de todo tipo de liberdade restou definida em razão da expressa previsão de incidência no campo da liberdade de locomoção.

Por sua vez, a Constituição de 1946 trouxe em sua redação tanto o *habeas corpus* como o mandado de segurança, fórmula essa que se seguiu até os dias atuais e concluiu a discussão sobre o campo de incidência do *habeas corpus*.

Na história do *habeas corpus* pátrio ainda é importante ressaltar que durante a ditadura de 1964, por meio do Ato Institucional número 5 de 1968, ficou suspensa a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

O Ato Institucional número 6, datado de 1º de fevereiro de 1969, por sua vez, atingiu o processamento do *habeas corpus* uma vez que vedou o uso do *mandamus* substitutivo do recurso ordinário constitucional, o que deixou o conhecimento da coação mais lento.

Finalmente, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, restou disciplinado o fundamento constitucional atual para o *habeas corpus*, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, o qual dispõe que:

Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Por opção e até mesmo em razão da instituição do Estado Democrático de Direito, não foi reproduzida em seu texto a disposição de vedação ao uso do *habeas corpus* como substitutivo do respectivo recurso, como outrora imposto pelos atos institucionais.

### **2.3 O Habeas Corpus hoje**

Superada a evolução histórica e constitucional, passamos a um breve estudo do *habeas corpus*, seu conceito, natureza jurídica, requisitos e procedimento.

Da origem histórica já delineada, constatamos que *habeas corpus* é uma

expressão em latim que, etimologicamente, significa "tomai o corpo". Tal expressão remete à intenção do instituto em análise uma vez que o *habeas corpus* visava a apresentação de alguém preso perante o juiz. Significava, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2020, n.p.), o "meio de se obter o comparecimento físico de alguém perante uma Corte."

Contudo, Edilson Mougenot Bonfin pontua que o significado original da expressão não mais se justifica nos tempos atuais:

Atualmente, tal significado não mais se justifica, já que as questões veiculadas no *habeas corpus* são de direito – em regra não se falando, portanto, em apresentação do prisioneiro –, ainda que no procedimento perante o juízo de primeiro grau haja a possibilidade de apresentação do paciente. O significado de *habeas corpus* no ordenamento jurídico vigente consubstancia-se em "ordem de libertação" ou em "ordem de cessação de constrangimento ilegal. 15

Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 1205) ainda explica as modalidades de *habeas corpus* que surgiram na evolução do instituto:

Dentre as espécies históricas, destacam-se os seguintes tipos: a) *habeas corpus ad respondendum*: destinava-se a assegurar a transferência do preso de um lugar a outro para responder a uma ação penal; b) *habeas corpus ad testificandum*: destinava-se a trazer uma pessoa sob custódia para prestar um testemunho; c) *habeas corpus ad satisfaciendum*: destinava-se à transferência de um preso já condenado a um tribunal superior, a fim de se executar a sentença; d) *habeas corpus ad subjiciendum*: voltado a assegurar plenamente a legalidade de qualquer restrição ao direito de liberdade, apresentando-se o preso à Corte e os motivos do encarceramento, para apreciação judicial.

Atualmente, no direito pátrio, o *habeas corpus* é conceituado como o remédio constitucional destinado à proteção da liberdade de locomoção do indivíduo, ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder.

Por remédio constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet *et al* (2019, n.p.) explica que:

Denomina-os a doutrina pátria remédios, no sentido de que são meios colocados à disposição dos indivíduos e cidadãos para

---

15 BONFIN, 2019, n. p.



provocar a atuação das autoridades em defesa do padecimento de direitos declarados. E a noção de remédios, usada em seu sentido figurado, por óbvio, é boa, já que tanto denota o fato de servirem para prevenir lesões como para reparar aquelas que eventualmente já tenham ocorrido.

O *habeas corpus*, direito e garantia constitucional, verdadeiro remédio constitucional, assumiu tamanha importância no ordenamento jurídico, conforme aponta Aury Lopes Junior:

Tal é a importância do instrumento, não só no plano jurídico-processual, como também no campo social, que PONTES DE MIRANDA afirmava, já em 1916, que o *writ* possuía uma extraordinária função coordenadora e legalizante, que contribuía de forma decisiva para o desenvolvimento social e político do País, impedindo inclusive a exploração da classe social baixa pelo coronelismo, que para isso contava com o auxílio da polícia e das autoridades políticas. 16

Em que pese regulado na lei processual penal vigente, com disposições constantes do capítulo destinado aos recursos no processo penal, o *habeas corpus* possui natureza jurídica de ação e caracteriza-se como meio autônomo de impugnação. Por tal razão, sua impetração constitui uma nova relação jurídica.

Uma vez que não se trata de recurso, o *habeas corpus* pode ser impetrado até mesmo nos casos em que não há processo judicial em curso, nas hipóteses em que o processo já foi atingido pelos efeitos da coisa julgada ou até mesmo quando ainda pendente de julgamento recurso eventualmente interposto.

O *mandamus*, ainda, pode ser impetrado a qualquer tempo: independentemente da observância de prazo processual. Ademais, pode ser manejado por quem sequer é parte ou interessado nos autos de origem.

Por não ser recurso, ainda, pode ser utilizado para questionar atos administrativos ou de particulares, haja vista que não pressupõe a existência de processo judicial.

Conforme já apontado no subtítulo anterior, o *habeas corpus* possui

---

16 LOPES JR, 2018, p. 1120

previsão na Constituição da República, mais precisamente no artigo 5º, inciso LXVIII, o qual disciplina que o *mandamus* será concedido sempre que alguém sofrer, ou até mesmo se achar ameaçado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, seja em razão da prática de ato ilegal ou revestido de abuso de poder.

Por expressa disposição constitucional, o *habeas corpus* é uma ação gratuita. É certo que, conforme consta no artigo 653 do Código de Processo Penal, a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação, será condenada ao pagamento das custas. Contudo, a Constituição da República disciplina que são gratuitas as ações de *habeas corpus*, conforme inciso LXXVI do artigo 5º, o que denota a não recepção da disposição constante do artigo 653 do Código de Processo Penal.

E a intenção do constituinte é clara: a importância do *mandamus* e o direito que ele protege afastam a necessidade de pagamento de custas processuais. Com efeito, deve ser o *habeas corpus* de manejo desembaraçado e oportunizado a qualquer pessoa, garantindo-se o pleno acesso ao Poder Judiciário.

Assim, o *habeas corpus* trata-se de ação de natureza constitucional, verdadeira garantia fundamental. Neste sentido, Guilherme Nucci (2014, p. 25) aponta que o *habeas corpus*

Cuida-se de *garantia individual*, e não direito. Em nosso posicionamento, há diferença entre direito e garantia fundamental. O primeiro é meramente declaratório – como o direito à liberdade –, enquanto o segundo é assecuratório – como o devido processo legal. O Estado reconhece a existência do direito, afirmando-o em norma jurídica. A garantia é instituída pelo Estado, não existindo naturalmente antes da norma que a criou. Num panorama amplo, o direito é uma garantia e esta também é um direito. É incontestável que a liberdade é um direito, mas também a garantia de uma sociedade livre; o *habeas corpus* é uma garantia de liberdade, porém um direito do cidadão, quando deseja utilizá-lo. Entretanto, a diferença estabelecida entre *direito* e *garantia* é didática e classificatória, permitindo a mais adequada visão dos direitos e garantias humanas fundamentais.

O *habeas corpus* visa coibir toda ilegalidade e abuso de poder voltado à constrição da liberdade de ir, vir e ficar. A doutrina e jurisprudência apontam que a ilegalidade ou o abuso de poder tanto podem ser provenientes de ato praticado na seara penal quanto na cível.

O abuso de poder, contudo, somente pode ser praticado por uma

autoridade, já que somente ela tem o poder e dele se utiliza de maneira abusiva.

Por sua vez, a ilegalidade pode ser praticada por qualquer um.

Dentre os provimentos possíveis no *habeas corpus*, a doutrina e jurisprudência apontam os provimentos declaratório, cautelar, constitutivo, executório, rescisório, condenatório e o mandamental, tudo a depender da necessidade do caso concreto

As espécies de *habeas corpus*, por sua vez, dividem-se em duas: o *habeas corpus* liberatório e o *habeas corpus* preventivo.

Diz-se liberatório quando o *habeas corpus* visa a cessação do constrangimento ilegal contra a liberdade individual que já restou efetivamente consumada. Pode ser utilizado para qualquer espécie de coação já realizada. O escopo, portanto, é fazer retornar o coagido à situação anterior, ou seja, de plena liberdade. Neste caso, considerando que o coagido está em estado de privação de liberdade, deverá ser concedida a ordem e expedido alvará de soltura. É o mais utilizado dentre as duas espécies.

Por sua vez, o *habeas corpus* preventivo caracteriza-se como uma contracautela, haja vista que visa assegurar que determinada ação potencialmente coatora não ocorra. Aqui, por sua vez, será expedido salvo conduto, consistente em uma ordem judicial para que o ameaçado não sofra o constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, seja ela iminente ou mais distante.

Defendendo a ampla incidência do *habeas corpus* preventivo Gustavo Henrique Badaró (2018, p. 978) argumenta que

Quanto ao *habeas corpus* preventivo, seu campo de utilização é amplíssimo. Em face do art. 5º, LXVIII, da CR, que se refere apenas a “achar ameaçado de sofrer violência ou coação”, (destacamos) não foi recepcionado o art. 647 do CPP, que exigia a “iminência” da coação. Assim, é cabível o *habeas corpus* preventivo mesmo no caso em que a ameaça de prisão constitua apenas um evento possível, no longo prazo, ainda que longínquo ou remoto. Justamente por isso é possível a utilização do *habeas corpus* em caso de qualquer nulidade processual, mesmo que em fase inicial do feito, visto que poderá levar, futuramente, a uma condenação à pena privativa de liberdade ilegal. Trata-se de uma ameaça longínqua de prisão, mas ameaça há e o *habeas corpus* será cabível.

Norberto Avena (2017, p. 789), por sua vez, aponta a existência de uma terceira espécie de *habeas corpus*, qual seja, o *habeas corpus* profilático. Conforme ensinamento:

Todavia, além das hipóteses mencionadas, tem sido admitida uma terceira modalidade, denominada por parcela doutrinária de *habeas corpus* profilático, destinado a suspender atos processuais ou impugnar medidas que possam importar em prisão futura com aparência de legalidade, porém intrinsecamente contaminada por ilegalidade anterior. Neste caso, a impugnação não visa ao constrangimento ilegal à liberdade de locomoção já consumado ou à ameaça iminente de que ocorra esse constrangimento, mas sim a potencialidade de que este constrangimento venha a ocorrer.

Renato Brasileiro (2017, p. 1759), a seu turno, adverte a posição da doutrina que alega existir uma quarta modalidade: o *habeas corpus* trancativo. Contudo, critica referida posição e sustenta que as modalidades são apenas o preventivo e o liberatório:

Outros doutrinadores, por sua vez, referem-se ao denominado *habeas corpus* trancativo, ou seja, aquele cuja impetração visa ao trancamento de inquérito policial ou de processo penal. Sua existência poderia ser extraída a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do art. 651 do CPP, que prevê que "a concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquela".

Porém, para o autor, as modalidades que verdadeiramente se justificam na atualidade são a preventiva e liberatória:

A nosso juízo, há apenas duas espécies de *habeas corpus*: liberatório e preventivo. Não há falar, pois, em *habeas corpus* profilático e trancativo, porquanto o que se tem, nesse caso, não é uma espécie autônoma de *habeas corpus*, mas sim um mero efeito do *writ* liberatório ou preventivo. Esse efeito -trancamento do inquérito ou do processo - funciona apenas como o objeto do remédio heroico.<sup>17</sup>

Quanto à funcionalidade do *habeas corpus*, a doutrina também aponta a função do ataque colateral, consistente na possibilidade de utilização do *habeas corpus* para sanar os vícios ou nulidades processuais que, indiretamente, podem resultar no

---

17 BRASILEIRO, 2017, p. 1759

cerceamento da liberdade individual. Nereu José Giacomolli (2016, n.p.)

Além de sua funcionalidade preventiva (ameaça de restrição à liberdade) e liberatória (sujeito já preso), é de ser admitida também uma funcionalidade impugnativa colateral do *habeas corpus* (*collateral attack*), evitando o constrangimento ilegal de forma ampla, tanto na fase investigatória, quanto judicial (crime já prescrito, insignificância, falta de requisitos essenciais na peça incoativa, v. g.). Essa funcionalidade se potencializa em nosso sistema jurídico, em razão do caótico sistema recursal, desde a sua tipificação. Nessa perspectiva, não há previsão de recurso previsto para impugnar a decisão que recebe a denúncia ou a queixa-crime e a regra das interlocutórias é a sua irrecorribilidade, situação que pode ser remediada, em favor do sujeito, como o *habeas corpus*. Em situações especiais, é de ser recebido e analisado o *habeas corpus* com funcionalidade revisional, inclusive em se tratando de nulidades ou outros vícios processuais (inépcia da inicial, v. g.).

Tratando-se de verdadeira ação autônoma de impugnação, também no *habeas corpus* cabe a verificação das condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes.

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 32) aduz que o que se busca é inquirir "se a liberdade individual está em jogo. Em tese, não se tratando de liberdade de locomoção, seria juridicamente inviável ajuizar o *habeas corpus*."

Na estrita observância do Código de Processo Penal poderia supor-se a necessidade do pressuposto da iminência para o *habeas corpus* preventivo. Contudo, o texto é muito mais restritivo em relação ao texto da Constituição da República, a qual dispõe a hipótese de concessão para aquele que apenas achar-se ameaçado. Considerando que a Constituição é hierarquicamente superior e proporciona o campo de incidência do *habeas corpus*, devendo, portanto, prevalecer, por ensejar interpretação mais favorável ao paciente.

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 32) ainda aponta pontos divergentes nas disposições da Constituição e do Código de Processo Penal:

A lei ordinária refere-se à liberdade de ir e vir, enquanto o texto constitucional menciona a liberdade de locomoção; ambas as

expressões possuem significado correlato, não sendo este um fator diferencial.

No Código de Processo Penal, cita-se apenas a coação ou violência *ilegal* (contra a lei em amplo sentido); na Constituição, além da ilegalidade, há referência a *abuso de poder*, que, no entanto, é desnecessário, visto que o *abuso* (excesso indevido) é sempre um ato ilegal.

É consenso na doutrina e jurisprudência a impossibilidade jurídica, em sede *habeas corpus*, de discussão do mérito da ação penal quando necessária ampla produção de provas. Para alguns juristas, tal se explica porque a concessão do *habeas corpus* depende, assim como em relação ao mandado de segurança, da demonstração da existência do direito líquido e certo,

[...] consistente no direito tão claro quanto possa ser demonstrado por prova documental ou pela informação da autoridade coatora. É *líquido*, pois indubitoso o pedido, sabendo o impetrante exatamente o que pretende em favor do paciente; é *certo*, pois claramente demonstrado pela prova documental ofertada com a inicial.<sup>18</sup>

A exigência de demonstração do direito líquido e certo não decorre de exigência constitucional ou legal mas de imposição da doutrina e jurisprudência em razão da impossibilidade de dilação probatória. Neste sentido, explica Renato Marcão (2016, p. 1268) que

Ao contrário do que se verifica com o mandado de segurança, em relação ao qual a Constituição Federal e o Código de Processo Penal não exigem demonstração de direito líquido e certo para a concessão de *habeas corpus*, mas a doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento no sentido de que é imprescindível, constituindo, em nossa maneira de pensar, verdadeira condição específica da ação. De forma objetiva e perfeita, ensinou Hely Lopes Meireles que: “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”. É necessário ter em mente que em razão dos limites estreitos de cognição a que se encontra submetido, e por não permitir dilação probatória, o *habeas corpus* não se presta a discutir toda e qualquer situação.

---

<sup>18</sup> NUCCI, 2014, p. 34

Na dúvida sobre a possibilidade de conhecimento do *habeas corpus*, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 32) conclui que

No contexto global da possibilidade jurídica do pedido, é complexa e dificultosa a sua avaliação, motivo pelo qual o mais indicado é permitir o processamento da demanda, que possui rito célere e abreviado, proferindo, se for o caso, decisão de mérito, indeferindo a ordem. Noutras palavras, a análise das condições da ação de *habeas corpus* deve ser feita de maneira mais flexível do que uma ação diversa. A dúvida deve favorecer o impetrante e o paciente, jamais o próprio Estado.

O remédio constitucional tutela a liberdade de locomoção consistente na liberdade de ir, vir e ficar.

A liberdade traduzida no ir e vir implica na liberdade de andar livremente por qualquer lugar almejado. Trata-se de postulado contra a privação da liberdade individual.

Por sua vez, a liberdade de ficar refere-se à liberdade do indivíduo de permanecer em local público ou privado ou, por exemplo, reunir-se pacificamente.

Em outras palavras, podemos afirmar que o direito de liberdade de locomoção tutelado pelo *habeas corpus* abarca o direito de acesso, ingresso, saída, permanência e deslocamento dentro no território nacional.

Neste sentido, Alexandre de Moraes (2019, n.p.) explica que

O direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, como já salientado por Pimenta Bueno, em comentário à Constituição do Império, no qual ensinava que, “posto que o homem seja membro de uma nacionalidade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer a suas necessidades ou gozos. Não se obriga ou reduz à vida vegetativa, não tem raízes, nem se prende à terra como escravo do solo. A faculdade de levar consigo seus bens é um respeito devido ao direito de propriedade”.

Esse raciocínio é complementado por Canotilho e Moreira, ao afirmarem que “a liberdade de deslocação interna e de residência e

a liberdade de deslocação transfronteiras constituem, em certa medida, simples corolários do direito à liberdade”, e por Paolo Barile, que relaciona esse direito com a própria dignidade e personalidade humanas.

Considerando a possibilidade de manejo do *writ* nas hipóteses de ameaça de constrangimento ilegal, o alcance do *habeas corpus* acaba ampliado consideravelmente uma vez que o *mandamus* não é utilizado apenas para fazer cessar a prisão considerada ilegal mas, de maneira indireta, evita-la. Assim, pode ser utilizado, por exemplo, para trancar o inquérito ou a ação penal quando inexistente justa causa, para impedir o indiciamento injustificado, dentre outras tantas hipóteses.

Contudo, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 40) alerta sobre a possibilidade de excessos

Os excessos sempre são indevidos, pois conturbam qualquer sistema judiciário. Restringir o uso do *habeas corpus* para coibir os constrangimentos ilegais e diretamente quando voltados à liberdade de ir, vir e ficar é desmerecer a importância desse remédio heroico de longa tradição de defesa dos direitos individuais. Por outro lado, alargá-lo ilimitadamente, voltando-se a questionar toda e qualquer controvérsia surgida no âmbito criminal significa vulgariza-lo, a ponto de sobrecarregar o Judiciário, prejudicando os recursos próprios e conturbando o autêntico exame de mérito das mais sérias questões.

Eis o indispensável meio-termo. O *habeas corpus* destina-se, basicamente, a eliminar constrições ilegais à liberdade individual de ir, vir e ficar. Paralelamente, admite-se a sua propositura para questões correlatas a esse relevante direito, justamente pela enorme chance de nele resvalar. Neste último caso, o trancamento de uma investigação leviana, instaurada contra alguém, por meio do remédio heroico, é essencial, visto que, a qualquer momento, pode-se atingir a decretação infundada de prisão cautelar. Entretanto, pretender debater, na ação constitucional, aspectos de direito penal, nitidamente ligados ao mérito da causa, é contraproducente e dever coibido pelos juízos e tribunais.

O *habeas corpus* é um remédio, não pode se tornar um veneno para as instituições, permitindo a morte de recursos expressamente previstos em lei, desigualando as partes (somente o réu dele pode



valer-se) e deixando o Judiciário refém de uma demanda que se apresenta numa singela petição inicial, acompanhada de alguns documentos apenas.

A despeito dos excessos que podem ser cometidos, é certo que somente a Constituição da República pode limitar o uso do *habeas corpus*, não cabendo ao legislador impor restrições não previstas explicitamente ou implicitamente no texto constitucional.

Neste diapasão, a própria Constituição disciplina que não cabe *habeas corpus* para combater decisões proferidas em punições disciplinares militares, nos termos do artigo 142, §2º.

Também da Constituição emergem outras limitações durante o estado de sítio ou de defesa, conforme explica Renato Marcão (2020, p. 1282):

Já observamos que a possibilidade de utilização do *writ* não é plena, e há ainda outras limitações ou restrições impostas pela Carta Política. Durante estado de defesa (CF, art. 136) e também no estado de sítio (CF, arts. 137 a 139), poderão ser suspensas garantias individuais e, de consequência, a possibilidade de utilização de *habeas corpus* contra os efeitos de tais determinações. Note-se, por exemplo, que, dentre outras medidas excepcionais, o art. 139 da CF admite, durante o estado de sítio, que se imponha a obrigação de permanência em localidade determinada (inciso I) e a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (inciso II).

Com o avanço dos debates da doutrina e jurisprudência, restaram pacificadas teses relativas à impossibilidade de uso do *habeas corpus* nos casos em que não há ameaça à liberdade de locomoção, a despeito da matéria criminal em debate.

A título de exemplos, podemos citar a súmula 395 do Supremo Tribunal Federal que dispõe que não cabe *habeas corpus* que visa combater decisão relativa ao pagamento de custas processuais. Por sua vez a súmula 693 do mesmo Tribunal aduz que não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa.

A súmula 694 do mesmo sodalício dispõe que não cabe *habeas corpus* contra a imposição de pena de exclusão de militar, perda de patente ou de função pública e, por sua vez, a súmula 695 aduz que é impossível o manejo do *habeas corpus* quando já

extinta a pena privativa de liberdade.

Pela ausência de atentado ao direito de liberdade, também já restou assentada a impossibilidade de impetração da ordem em inúmeros casos já postos à apreciação dos tribunais. Dentre eles, podemos citar a discussão da perda do cargo como efeito extrapenal específico de sentença condenatória transitada em julgado; a discussão acerca da apreensão de veículos; a reabilitação; a preservação da relação de confidencialidade que deve existir entre advogado e cliente; a extração gratuita de cópias de processo criminal; o requerimento de aditamento da denúncia para fins de inclusão de outro acusado; a visita a detento; e a anulação de processo criminal em face de nulidade absoluta que, beneficiando a defesa, resultou em absolvição do acusado.

Ao mesmo argumento, também não é possível a impetração para discutir a perda de direitos políticos; o *impeachment*; as custas processuais; a reparação civil fixada na sentença condenatória; a suspensão do direito de dirigir veículo automotor e perda superveniente do interesse de agir em face da cessação do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, dentre outros.

A condição da ação referente ao interesse de agir desdobra-se em interesse necessidade, interesse adequação e interesse utilidade.

Quanto à necessidade, o que se busca perquirir é a indispensabilidade do uso do *habeas corpus* para atingir o objetivo almejado, ou seja, uso do *habeas corpus* para fazer cessar qualquer constrangimento ilegal contra o direito de locomoção. Daí surge a ideia de necessidade.

Quanto à adequação, a doutrina aponta que é a demonstração do direito líquido e certo a ser protegido, de maneira pré-constituída.

Por fim, quanto à utilidade: demonstração de que o *mandamus* é útil ao fim pretendido.

Interessante questão é trazida à baila por Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 48):

O *habeas corpus* pode ser ajuizado por qualquer pessoa em favor de outra, mesmo que ambas não se conheçam e independentemente de procuração. Por isso, por vezes, é questionável o real *interesse* de quem o impetra. Imagine-se um preso famoso, nacionalmente conhecido, que possa despertar a atenção da mídia. Propondo *habeas corpus* em seu favor, o motivo de agir pode ser somente ganhar notoriedade, desatendendo vantagem autêntica para quem

está detido.

Diante disso, se o paciente tiver procurador constituído, antes de conhecer e julgar o *habeas corpus* impetrado por terceiro estranho, deve-se consultar a defesa constituída do preso. Afinal, o julgamento do *writ* pode causar prejuízo à linha defensiva oficial adotada em prol do paciente pelo seu advogado. Se não houver concordância, o juízo ou tribunal deve indeferir, liminarmente, o *habeas corpus* por falta de interesse de agir.

Pontes de Miranda, contudo, apontava que não se faz possível a recusa à impetração do *habeas corpus* nestes casos. Para ele, considerando que a Constituição da República proporciona legitimação processual a qualquer pessoa, conferindo ao impetrante um direito e garantia constitucional, o Estado e o paciente devem obedecer à lei. Ademais, ele ainda apontava que é inviável a renúncia, pelo paciente, do direito à liberdade.

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 49) ainda complementa que

Segundo nos parece, a resposta a essa questão não pode dar-se em pontos extremos. Por certo, há razão a quem sustenta ser juridicamente inviável renunciar à liberdade; se a oposição do paciente a ser solto, por conta da impetração do *habeas corpus*, for imotivada, cremos deva ser ignorada pelo juízo ou Tribunal. Entretanto, se a oposição do paciente, especialmente quando formulada por seu defensor, tiver fundamento razoável, por exemplo, não atrapalhar a sua estratégia defensiva, deve o juízo ou tribunal indeferir a ordem liminarmente.

Quanto à legitimidade, o *habeas corpus* possui diversas peculiaridades.

No polo ativo da relação jurídica temos o impetrante e o paciente.

Paciente é a pessoa física que sofre a coação ou abuso de poder. Importante destacar, contudo, que o paciente não pode ser pessoa jurídica, haja vista a impossibilidade de que tal pessoa, fruto da criação da lei, não é privada de direito de locomoção, já que não se locomove, obviamente.

Exige-se que seja pessoa determinada, embora desnecessária a perfeita indicação dos seus dados e ainda que foragida. Contudo, conforme já noticiamos na

introdução deste estudo, têm-se admitido na jurisprudência a impetração da ordem em favor de pessoas determinadas, mas não individualizadas, por meio de ação coletiva.

Impetrante, por sua vez, é a pessoa que vai à juízo requerer a concessão da ordem de *habeas corpus*. Ele pode ser o próprio paciente ou um terceiro em seu favor.

O impetrante tanto pode ser pessoa física como jurídica, nacional ou estrangeiro. Pode estar, ou não, patrocinado por advogado. Por ser uma pessoa capaz ou incapaz, portador de deficiência. Não se exige escolaridade, ou seja, admite-se a impetração por analfabeto. Exige-se apenas, portanto, que o impetrante possa manifestar sua vontade.

A legitimação ativa é tão ampla que podemos até mesmo afirmar que o impetrante, ainda, pode ser o membro do Ministério Público. Pode ser também o magistrado, na qualidade de cidadão, ao fazê-lo nos procedimentos alheios à sua jurisdição, uma vez que, os casos em que atua, pode conceder a ordem de ofício. Pela mesma lógica, também o pode ser o delegado de polícia.

Tudo isso se explica porque o direito fundamental que se busca tutelar é o direito à liberdade de locomoção, cuja salvaguarda é a todos imposta. Nesse contexto, Nereu José Giacomolli (2016, n.p.) assevera que:

O grau de proteção do direito fundamental da liberdade ocupa patamar tão relevante que o próprio legislador permite aos juízes e Tribunais, independentemente de provocação específica, conceder, no curso de qualquer processo, a ordem de *habeas corpus*, *ex officio* (art. 654, § 2º, do CPP), sem afetação da imparcialidade, em face da supremacia da exigência de garantia dos direitos fundamentais (v. BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 576). Ademais, a potencialidade assecuratória desse remédio jurídico autoriza o exame do constrangimento ou de sua ameaça, de forma imediata, em cognição inicial liminar, embora haja previsão no CPP.

Borges da Rosa resume tais informações apontando a grande relevância da legitimidade ativa do *habeas corpus*:

[...] o mais obscuro cidadão, o mais humilde habitante do país, ainda das mais longínquas paragens, pode, por si só ou por outrem, fazer subir até aí a sua reclamação contra a prepotência, contra o atentado à liberdade praticado por quaisquer autoridades. É dado a nacionais e estrangeiros confiar na ação, que por qualquer pode ser invocada, de um tribunal colocado acima de todas as jurisdições, como guarda

e baluarte da liberdade, e que aos perseguidores, aos que abusam da do poder, aos que reduzem a vítima, os fracos, os desprotegidos, desconhecendo-lhes seus direitos, está na altura de dizer aquelas palavras da Bíblia: *si laeseris eos, vociferabuntur ad me eg ego audium clamorem eorum*.<sup>19</sup>

A seu turno, são valiosos os esclarecimentos de Rui Barbosa (apud Badaró, 2018, p. 988) ao explicar a importância da legitimação ativa em paralelo com o direito do próprio impetrante de fazer valer o direito e garantia à liberdade de toda a sociedade, dever de todos:

Eis, Srs. Juízes, de onde resulta a suprema importância do *habeas corpus* entre as nações livres. As outras garantias individuais contra a prepotência são faculdades do ofendido. Esta é o dever de todos, pela defesa comum. Ninguém pode advogar essa exceção singular às leis do processo. Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem. Para valer, porém, à liberdade sequestrada, não há instrumento de poderes que exigir: o mandato é universal; todos os recebem da lei; para exercer validamente basta estar no país. Os próprios juízes estão obrigados a manda-la restituir *ex officio*, se no curso de qualquer processo lhe constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. O paciente pode, até, não requerer a liberdade; pode, resignado, ou indignado desprezá-la; pode, até por um desvario, rejeitá-la. É indiferente, a liberdade não entra no patrimônio particular, como as cousas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou compram; é um verdadeiro condomínio social; todos desfrutam, sem que ninguém possa alienar, e se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica. Solicitando, pois, este *habeas corpus*, eu repugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte dos cliente: advogo minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa, a causa impessoal do tesouro supremo, representada na impessoalidade deste remédio judicial.

No polo passivo, a seu turno, está a autoridade coatora, a qual pode ser pessoa física ou jurídica, autoridade pública ou não. Como exemplos podemos citar órgãos

---

19 p. 766-7, apud Heráclito Antônio Mossin, 2013

estatais e até mesmo o diretor de hospital.

E para reforçar o dever de salvaguarda do direito à liberdade, o Código de Processo Penal, no artigo 654, §2º, dispõe compete aos juízes e os tribunais “expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

Quanto aos fundamentos jurídicos do *habeas corpus*, apontamos, primeiramente, a própria disposição constitucional que indica as hipóteses em que alguém se achar coagido em seu direito de locomoção em razão da ilegalidade ou abuso de poder.

Contudo, ainda temos em vigor o artigo 648 do Código de Processo Penal, o qual apresenta um rol meramente exemplificativo.

Segundo referido rol, a primeira hipótese constante do inciso I do referido artigo é a ausência de justa causa. Justa causa é o justo motivo para a existência de processo ou investigação contra alguém, com lastro probatório suficientemente fundamentado na lei. A ausência, portanto, é a falta do justo motivo. Exemplo: prisão realizada sem ordem judicial ou sem flagrância, decretação de prisão cautelar sem observância dos pressupostos estabelecidos na lei.

Tal requisito desdobra-se em duas facetas. A primeira é relativa ao justo motivo para que a ordem tenha sido proferida. A segunda, para que a ordem seja mantida.

Por sua vez, o inciso II estabelece que constitui coação ilegal quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei, configurando o excesso de prazo. Todos têm o direito à razoável duração do processo, conforme disposição constitucional.

No Brasil, impera a doutrina do não prazo: não há definição legal de qual o prazo total do processo, apenas prazos dos atos processuais, isoladamente. Mesmo assim, o simples excesso de prazo de cada ato não é suficiente a indicar o excesso, até porque diversas questões que gravitam no processo penal podem influenciar no prazo do ato processual. Assim, o excesso de prazo deve ser analisado caso a caso para a verificação de sua razoabilidade, observando-se a complexidade do caso, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciárias.

Quanto às cautelares, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido do entendimento de que o excesso de prazo deve ser cotejado com a duração da pena que provavelmente pode ser fixada em caso de condenação.

O inciso III dispõe que é ilegal a coação quando quem ordená-la não tiver

competência para fazê-lo. Como exemplo podemos apontar o juiz estadual que determina a prisão em razão de fato cuja competência para julgamento é da justiça federal. Porém, o que se disciplina aqui é a competência da autoridade judiciária, e não da autoridade policial, já que a polícia não possui competência, mas atribuições.

O inciso IV disciplina a hipótese na qual houver cessado o motivo que autorizou a coação. Como exemplo, é o caso daquele que é preso cautelarmente para que se assegure a instrução processual, uma vez colhida a prova, cessa o motivo que autorizou a prisão.

No inciso V, é disciplinada a hipótese relativa, quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza. A doutrina aponta que tal hipótese deve ser alargada para os casos em que o valor arbitrado é excessivo.

Por sua vez, o inciso VI dispõe sobre quando o processo for manifestamente nulo. É a nulidade evidente, clara, inequívoca.

Por fim, o inciso VII aponta que a coação é ilegal quando extinta a punibilidade. De fato, fulminada a pretensão punitiva, incabível a continuidade das investigações ou do desenvolvimento do processo.

Quanto ao procedimento, em que pese não seja o objeto deste estudo, contudo, uma importante questão deve ser trazida à baila, para o estudo dos próximos capítulos.

Muito se discute na doutrina e jurisprudência sobre a limitação da cognição no procedimento do *habeas corpus*, e, por vezes, uma certa confusão é feita sobre tal assunto.

É consenso que o procedimento do *habeas corpus* não comporta a ampla dilação probatória.

Contudo, é necessário distinguir a dilação probatória da análise da prova pré-constituída. Neste sentido, Aury Lopes Junior (2018, p. 1121) explica que

Esse argumento tem sido, inclusive, distorcido de modo a ser um dos principais filtros obstaculizadores do conhecimento do HC nos tribunais brasileiros. Até certo ponto, o argumento está correto, pois se trata de uma ação de cognição sumária, que não permite dilação ou ampla discussão probatória.

Mas, por outro lado, não se pode confundir dilação probatória com análise de prova (pré-constituída). A sumarização da cognição impede que se pretenda produzir prova em sede de *habeas corpus* ou mesmo obter uma decisão que exija a mesma profundidade da cognição do processo de conhecimento (ou seja, aquela necessária para se alcançar a sentença de mérito). O que não se pode é pretender o exaurimento da análise probatório nos estritos limites do HC.

Noutra dimensão, é perfeitamente possível a análise da prova pré-constituída, independente da complexidade da questão. O fato de ser o processo complexo, constituído por vários volumes e milhares de páginas, não é obstáculo ao conhecimento do HC. Se para se demonstrar a ilegalidade de uma interpretação telefônica, por exemplo, e por conseguinte a nulidade da prova for necessário analisar e valorar centenas de conversas, milhares de páginas, deve o HC ser conhecido e provido (ou desprovido) conforme o caso. A complexidade das teses jurídicas discutidas e consequente análise de documentos ou provas já constituídas não são obstáculos para o HC.

Da mesma forma, quando se pretende o trancamento do processo (e não da ação, como já explicado) por falta de justa causa (a outra condição da ação), está permitida a ampla análise e valoração da prova já constituída nos autos. Não há que se confundir sumariedade na cognição com superficialidade da discussão. O HC não permite que produza prova ou se faça uma cognição plenária, exauriente, com juízo de fundo, da questão. Mas, de modo algum, significa que somente questões epidérmicas ou de superficialidade formal possa ser objeto do *writ*.

Destarte, não se pode deixar de conhecer da impetração ao argumento de que a questão posta em debate é de cognição exauriente ou depende de ampla análise de provas já produzidas, apontando-se a complexidade da discussão. Destarte, se apontada e demonstrada a coação à liberdade de locomoção, é o caso de conhecimento da ação e concessão da ordem, com a análise das provas que instruem o *mandamus*.

Ainda neste debate, Ingo Wolfgang Sarlet et al (2019, n.p.) esclarece que:

É comum encontrar a caracterização do processo da ação de *habeas corpus* como processo “sumaríssimo, que, por isso, exige prova pré-constituída”;



como “ação de procedimento sumário, pois a cognição é limitada”; ou como “ação que constitui um processo de cognição sumária, limitada portanto, em que não se permite uma ampla e plena discussão sobre a ilegalidade, devendo ela ser evidente, comprovada por prova pré-constituída”.

Diante de afirmações dessa ordem, impende distinguir as coisas. O processo de habeas corpus é sumário do ponto de vista formal, porque possui procedimento abreviado. Do ponto de vista da cognição, porém, constitui processo de cognição parcial e exauriente *secundum eventum probationis*. No plano horizontal da cognição, o habeas corpus tem cognição parcial por uma razão: apenas as matérias que configurem coação ilegal são passíveis de discussão no seu processo. A causa de pedir e a defesa são vinculadas ao corte vertical procedido pelo legislador (arts. 5.º, LXVIII, da CF e 648 do CPP). No plano vertical, contudo, a cognição é plena *secundum eventum probationis*. O juiz conhece da causa visando à formação de juízo de certeza no limite permitido pela prova documental pré-constituída. A especialidade do processo no plano da cognição reside justamente no fato de o juiz não poder conhecer nada senão mediante prova pré-constituída. Qualquer alegação que dependa de prova diversa da documental não pode ser conhecida em habeas corpus.

Isso não quer dizer, contudo, que o habeas corpus não tenha uma fase de cognição sumária no plano vertical. Afirmar a cognição parcial e exauriente *secundum eventum probationis* do processo como um todo não implica negar a possibilidade de tutela jurisdicional mediante cognição sumária em habeas corpus. Embora o Código de Processo Penal silencie a respeito, é inquestionável a possibilidade de liminar em habeas corpus para proteção imediata da liberdade individual do paciente. A decisão liminar é oriunda da utilização da técnica antecipatória e, como visa à satisfação do direito à liberdade de forma provisória sob cognição sumária, mediante invocação de perigo na demora, pode ser classificada como antecipação da tutela satisfativa fundada na urgência – não se trata, portanto, de tutela cautelar.

## Conclusão

Finalizado o estudo, podemos ponderar algumas conclusões.

A liberdade e, dentro de seu contexto amplo, a liberdade de locomoção, é direito e garantia fundamental previsto na Constituição da República e originado das revoluções nos tempos, caracterizando-se como direito humano de primeira geração.

Para garantia de tal direito, dentre outras ações, o *habeas corpus* é previsto constitucionalmente e em documentos internacionais. O *habeas corpus* representa uma importante ação no direito pátrio para conhecimento da coação e violência à liberdade de locomoção em razão por meio de ilegalidade ou abuso de poder. Em razão do direito que tutela, muitas vezes é palco de relevantes debates que repercutem não só no caso concreto como também na sociedade.

De tal importância, na atualidade, o uso do *habeas corpus*, além de direito do paciente, é verdadeiro dever de toda a sociedade para proteção do direito à liberdade, o que se verifica até mesmo em razão da facilitação de seu manejo a qualquer pessoa do povo.

Tal remédio constitucional evoluiu através dos tempos, tendo surgido, para alguns, no direito romano e, para outros, no direito inglês, com a *Magna Charta Libertatum*, do Rei João Sem Terra, de 1215. No Brasil, surgiu com o Código de Processo Criminal de 1832 e, na Constituição de 1891, foi elevado à garantia constitucional.

Na atualidade, está previsto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição da República e no Código de Processo Criminal. Em razão do direito que tutela, o regramento atual possibilita que qualquer pessoa impetre o *writ* para quem se achar coagido ou violentado, ainda que não tenha o impetrante interesse na ordem, ou que não possua condições de pagar custas, ou que não possua conhecimento técnico para fazê-lo. E tal se explica porque, como já referenciado neste trabalho, é dever de toda a sociedade lutar pela liberdade de todos os indivíduos dessa nação!

## Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6.<sup>a</sup> ed. ver., atual. e ampl. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

- CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. *Dom Quixote*. São Paulo: FTD, 2013.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- ISHIDA, Válter Kenji. *Prática jurídica de habeas corpus*. São Paulo: Atlas, 2015.
- KOENER, Andrei. *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LOPES JR, Aury. *A moda agora é dar Habeas Corpus "de ofício, mas só quando eu quiser"*. 2014. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corpus-oficio-quando-eu-quiser> >. Acesso em 09/10/2020.
- MACHADO, Antônio. Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 9ª edição. Barueri, SP: Manole, 2013.
- MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PINHA, Miguel; *et al.* *Finalidade da pena: Bandido bom é bandido morto?* Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/66709/finalidade-da-pena-bandido-bom-e-bandido-morto/4> >. 2016. Acesso em 09/10/2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de fenomenologia ontológica*. Tradução de Paulo Perdigão. 5º ed, RJ: Vozes, 1997.

STF. HC 82959. Relator(a): MARCO AURÉLIO. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 23/02/2006. Publicação: 01/09/2006. Disponível em < [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082959%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082959%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) >. Acesso em 09/10/2020.

STF. HC 143641. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento: 20/02/2018. Publicação: 09/10/2018. Disponível em < [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20143641%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20143641%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) >. Acesso em 09/10/2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORON, Alberto Zacharias et al. *Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

## **O COSMOPOLITISMO JURÍDICO DE IMMANUEL KANT E A PROPOSITURA DE UM IDEAL DE PAZ PERPÉTUA**

**LIZA CRISTINA BARRETO RODRIGUES:**  
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

**RESUMO:** A verificação da realidade conturbada em que se inserem os seres humanos e a busca pela salvaguarda de seus direitos levou ao surgimento de diversas teorias e iniciativas filosóficas. O presente trabalho buscará analisar a teorização do Cosmopolitismo Jurídico, proposta por Immanuel Kant, como iniciativa voltada ao estabelecimento de um ideal de paz perpétua.

**Palavras-chave:** Immanuel Kant, paz perpétua, direitos humanos, cosmopolitismo jurídico.

**ABSTRACT:** The verification of the troubled reality in which human beings are inserted and the search for safeguarding their rights led to the emergence of several theories and philosophical initiatives. The present work seeks to analyze the theorization of Juridical Cosmopolitism, proposed by Immanuel Kant, as an initiative aimed at establishing an ideal of perpetual peace.

**Keywords:** Immanuel Kant, perpetual peace, human rights, juridical cosmopolitism.

### **1.INTRODUÇÃO**

Os contornos que caracterizam a realidade moderna revelam, em base cotidiana, a existência de um estado de conturbada tônica a reger as relações humanas, demarcando-se, nas vivências dos indivíduos, a existência de conflitos de diversas naturezas.

O Direito desponta como ferramenta consagrada, na cátedra de diversos teóricos, para permitir a estabilização das expectativas sociais e a proteção dos indivíduos inseridos na dinâmica estatal que rege os cidadãos.

As lições de Immanuel Kant, a partir da construção da ideia do Cosmopolitismo Jurídico, despontam como novo enfoque a tais realidades, sobretudo por propor a possibilidade de uma expansão da dimensão social e a construção de uma realidade global, na qual os indivíduos construíssem um ideal de paz livres das amarras das nações.

No estudo ora realizado, serão analisados os ditames que sustentam a teoria kantiana referente ao ideal cosmopolita, bem como suas influências em novas formas de pensar as estruturas sociais.

## 2. O COSMOPOLITISMO JURÍDICO E O IDEÁRIO KANTIANO DE PAZ PERPÉTUA

O trabalho ora desenvolvido volta-se a analisar a teorização, atribuída a Immanuel Kant, referente à materialização da paz perpétua e à edificação de um modelo jurídico cosmopolita, cujos contornos, explorados a seguir, demonstram coadunar-se ao desenvolvimento de uma nova lógica de proteção de direitos.

Impende destacar, a princípio, que a teorização de Kant data de um período histórico no qual foi inaugurada a Modernidade, em que homens e mulheres apequenaram o peso da metafísica teleológica. Aduz Manoel Lima (2008, p. 2) que a consequência da orfandade dos indivíduos quanto à figura do Pai (Deus), foi a urgência pela autoproteção, à qual se pode creditar o despontar das primeiras declarações de direitos humanos.

No que tange mais especificamente à percepção de Immanuel Kant, o filósofo compreendia que a proteção dos seres humanos só poderia ocorrer na e pela própria humanidade, a qual tem tal proteção instrumentalizada através do Direito. A configuração desse Direito remonta à instituição da paz, alicerçada na liberdade dos membros – enquanto cidadãos –, não na subserviência cega a uma legislação comum – na condição de súditos (LIMA, 2008, p. 5).

“O fim do Direito – da obrigação moral, cujo princípio *a priori* é dado pela razão pura – é conservar-se supremo para fomentar a paz. Paz é muito mais do que o fato da inexistência de violência, ela é um valor, expressando o bem do mundo” (LIMA, *op. cit.*).

Juntamente ao Direito, outro pressuposto valoroso a Kant refere-se à Política, enquanto sistema representativo promotor de harmonia, diante da observância de preceitos como liberdade e igualdade. O filósofo assevera que rege-se tal sistema pela razão, no qual o governo, detentor do poder executivo, atua como uma pessoa; tal sistema é denominado de república (LIMA, 2008, p. 10).

Na inter-relação originária entre as diferentes repúblicas, Kant analisa que não há qualquer organismo superior de regulação, de forma que a coexistência das Nações se daria nos mesmos moldes sob os quais hipoteticamente se desenvolveu a relação entre os indivíduos, previamente ao pacto originário – desprovidas de qualquer lei maior, o que consubstanciaria verdadeiro estado de natureza (LIMA, 2008, p. 11).

Nas lições de Kant, o estado de natureza representa absoluta instabilidade, ao passo que as relações se desenvolveriam sem nenhum elemento limitador ou entidade sancionadora.

Dessa forma, a fim de superar os entraves que o estado de natureza internacional acarretaria, o filósofo defende uma progressão de estágios no Direito, em um

encadeamento iniciado com o Direito interno e seguido pelo Direito das gentes, até se chegar à instituição de um Direito cosmopolita, tido como a terceira espécie de Direito público. Isso porque o Direito das gentes, entendido como o Direito Internacional, proporcionaria apenas uma paz momentânea, dada a regulação impositiva das relações entre Estados, ao passo que no cosmopolitismo predominariam relações de reciprocidade, em que as Nações associar-se-iam em prol da negação da guerra (LIMA, 2008, p. 12).

Com a instauração do cosmopolitismo, verifica-se a busca por uma justiça global, na qual os indivíduos atuariam diretamente, de forma independente ao vínculo formal a um Estado. Dessa forma, propugna-se a formação de mediações jurídicas entre as Nações, de forma assemelhada ao que o Contrato Social representou às mediações entre pessoas físicas. O desenvolvimento constitucional dos Estados, portanto, teria como natural desdobramento internacional o direito cosmopolita, retratando imbricação clara entre cosmopolitismo e história (CASTELO BRANCO, 2017, p. 189).

No que tange ao aspecto histórico, Kant o compreendia a partir de dois vieses, apontados por Felipe Castelo Branco:

Em primeiro lugar, a história tende a uma consolidação da liberdade (através da lei jurídica, como vimos), isto é, na interdição moral de que um homem se valha ou interfira sobre a vontade de outro homem; em segundo lugar, a história tende a garantir a paz entre as nações. A espécie humana, ao se distinguir de todas as outras espécies por ser capaz de um desenvolvimento de suas faculdades racionais, encontra em seu próprio desenvolvimento como espécie as condições para a construção de uma sociedade mundial que atinja e assegure juridicamente condições de liberdade e paz a todos os homens e nações. (2017, p. 190)

Especificamente quanto à singularidade do papel do ser humano na cadeia que une todos os seres, referenciada por Castelo Branco no excerto transcrito, Francisco Lima (2015, p. 30) analisa a proposição kantiana de que o indivíduo é o “fim terminal” da criação, estando na qualidade de ser moral. Nesse entendimento, o ser humano transcende a mera animalidade instintiva, característica dos demais seres, agindo, então, em nome da racionalidade e da liberdade.

Lima (2015, p. 31) tece interessante consideração, no sentido de que a percepção do ser humano enquanto peça central da existência não deve levar a crer que houve um favorecimento da Natureza em relação a ele, mas, em verdade, a outorga a que carregue

maiores responsabilidades que as demais criaturas, posto que, “dentre todos os seres, somente ele enquanto livre, racional e moral está apto a resolver os problemas que ameaçam sua existência e a dos seres em geral”.

O paralelismo de tal máxima filosófica com o aforismo bíblico veiculado em Lucas 12:48 é evidente, tendo asseverado o evangelista que “de todo aquele a quem muito é dado, muito será requerido; e daquele a quem muito é confiado, mais ainda lhe será exigido”, denotando singular reconhecimento da responsabilidade humana, bem como o embrião da lógica kantiana verificado na mensagem cristã.

No entanto, a realidade demonstra uma infinidade de atitudes humanas desprovidas da sapiência que em princípio o *homo sapiens* deveria ostentar, consoante assevera a teorização kantiana.

Diversas nações são palco de episódios violentos que bem exemplificam o quanto as falhas humanas ainda ferem seus semelhantes. A extensão das atrocidades cometidas torna-se ainda mais vasta quando se percebe que não só são perpetradas as violações de direitos, como, não raro, o próprio sistema é conivente com os autores, permitindo a condução de pífia investigação.

Diante de tais incongruências, Felipe Castelo Branco questiona como seria verossímil a crença firme em um desenvolvimento moral ou na garantia da paz, diante do caos que a conduta humana não raro acarreta. O próprio autor fornece a resposta, asseverando que para alcançá-la deve-se considerar uma “questão de perspectiva”, elucidada conforme o seguinte raciocínio (grifos não constam no original):

Ora, se mudarmos a perspectiva, nos distanciando da imensa massa de desejos e finalidades caóticas dos indivíduos isolados, se compreendermos a história em suas linhas mais amplas, assumindo a perspectiva da espécie humana e não dos indivíduos, seremos capazes de dar um novo impulso à investigação histórica. Os fenômenos aparentemente caóticos ao longo do curso da história começam a se esboçar em figuras consistentes, em blocos de sentido. **Ao reconhecermos que a história se produz a partir de consequências de uma causa ordenada anterior, nos tornamos capazes de suspeitar de uma ordenação invisível da história. [...]** Kant se pergunta se por trás de cada ação humana, reunida do ponto de vista da espécie, não existiria um propósito da Natureza como um todo. Somente assim a história dos homens individuais pode se diferenciar por completo da história da humanidade, e somente nesta última é possível encontrar a



**articulação de um sistema em uma regularidade escondida por trás da legitimidade moral de cada ação.** Vê-se, assim, que o historicismo kantiano não está interessado nos eventos passados, mas, antes, em um encaminhamento que diz respeito ao futuro da espécie humana. (CASTELO BRANCO, 2017, p. 190)

A partir disso, sobeja o entendimento de que a ordenação histórica não comporta falhas, de sorte que o fruto do somatório de todos os episódios protagonizados pela humanidade, sejam de natureza benéfica ou maléfica, seria, enfim, a edificação do cosmopolitismo, alcançado somente após a passagem dos seres humanos por tais experiências. Tal construto teórico é entendido como o modelo a partir do qual se permitiria a instauração da verdadeira paz. Para tanto, Kant propõe, em sua obra *À Paz Perpétua*, seis disposições, analisadas por Felipe Castelo Branco (grifos não constam no original):

A garantia da paz perpétua pelo direito é acompanhada de atos instituídos que fornecem as condições de pacificação mundial que o cosmopolitismo requisita. Suas propostas se compõem de: 1- *uma ampliação do Direito Internacional para além dos acordos de paz e armistícios que não são capazes de eliminar as causas da guerra*; 2 - *da proibição da aquisição de um Estado por outro, seja por conquista, seja por compra*; 3 - *fim da formação de exércitos nacionais permanentes*; 4 - *controle da dívida pública dos Estados formada para fins bélicos*; 5 - *proibição definitiva da intervenção violenta de um Estado sobre outro Estado*; 6 - *interdição da permissividade na condução da guerra por parte dos líderes mundiais*. Além dessas seis propostas jurídicas, acrescenta-se uma sétima proposição ao direito cosmopolita kantiano para o qual o filósofo consagrou um artigo inteiro em seu tratado *Para a paz perpétua*. Como um efeito necessário da pacificação através do cosmopolitismo mundial, **a cidadania de Estado deve se desdobrar em uma garantia do direito de entrada de um estrangeiro em todo e qualquer outro território da superfície da Terra**, impedindo juridicamente que o visitante seja tratado com hostilidade em outro país e garantindo a continuidade do direito de cidadania mundial em todas as partes do globo. (CASTELO BRANCO, 2017, p. 192)

De forma particular, esta sétima e última disposição de Kant, consubstanciada no chamado “direito de hospitalidade”, apresenta-se especialmente digna de nota. Isso

porque a ideia de receptividade de todo e qualquer indivíduo por cada uma das Nações denota não apenas uma permissão de liberdade de trânsito, mas a garantia do usufruto de direitos idênticos aos que detenha em seu país de origem.

Infere-se de tal construção teórica que seriam estabelecidas condições de hospitalidade universal, a partir de um regramento superior ao arcabouço normativo de qualquer Estado, no que se verifica o despontar de uma noção global de cidadão, na esteira do que já fora pontuado nesta pesquisa. Enleia-se, diante disso, a teorização kantiana à maximização da proteção dos direitos humanos, dado propor o filósofo uma efetiva Federação de povos, na qual o desrespeito a garantias de qualquer indivíduo seria combatido e punido de forma idêntica, sem que houvesse tratamento discriminatório ou privilegiado.

Nesse toar, o enraizamento de uma mentalidade global é cada vez mais pressuroso. Tal proposição é abordada também por Habermas, o qual se debruçou sobre diversos aspectos da cátedra de Immanuel Kant. Nesse toar, Habermas assevera que é factível a possibilidade de rompimento com a percepção tradicional de nacionalismo, de forma que a mentalidade republicana dos povos se sobrepusesse à noção de Estado, assumindo o caráter de um valor, a alicerçar a solidariedade social – o denominado patriotismo constitucional (CASTELO BRANCO, 2017, p. 194).

Extraí-se de tal lógica intrigante reflexão, no sentido de refutar a noção de Estado-Nação enquanto o único ente assegurador da legitimidade política, calcada na identidade de valores culturais por determinado grupo de cidadãos. A uma, porque de tal forma engessa-se a extensão do republicanismo à convicção nacionalista; a duas, porque se ignora a multiplicidade de elementos históricos para a formação estatal, os quais sobrepujam o formato europeu tradicional, derivado da Teoria do Contrato Social (CASTELO BRANCO, 2017, p. 195).

Em sua cátedra, Habermas tece críticas à resistência em se abandonar a formatação inabalável de Estado-Nação:

[...] o apelo a um pretense direito à autodeterminação nacional, o rechaço simétrico do multiculturalismo e da política de direitos humanos, assim como a desconfiança diante da transferência de direitos de soberania a instituições supranacionais. Os apologistas da nação-povo deixam de perceber que são justamente as notáveis conquistas históricas do estado nacional democrático e seus princípios constitucionais republicanos os que podem dar-nos lições a respeito de como deveríamos lidar com os problemas da

atualidade, decorrentes da passagem inevitável a formas de socialização pós-nacionais. (HABERMAS, 2004, p. 8)

Nesse toar, Habermas identifica a formação de diversas instâncias pós-nacionais na atualidade, cujos contornos afinam-se à superação dos limites estatais e da homogeneia cultural compulsória. Dentre tais experiências, destaca-se, uma vez mais, o exemplo da União Europeia, na qual houve a introdução de uma identidade e uma cidadania efetivamente continentais – europeias, como passo seguinte à maturação das predecessoras identidades nacionais (CASTELO BRANCO, 2017, p. 196).

A relevância da perscrutação da referida entidade europeia é igualmente ressaltada por Branimir Milić (2013, p. 53), ao aduzir que vislumbres do futuro da democracia revelam uma ampliação do modelo da União Europeia, cuja união de países assemelha-se sobremaneira ao entendimento de Kant quanto ao federalismo livre das Nações.

Verifica-se, diante disso, que a instituição de regramentos mundiais envolve a proeminência de dois atores políticos – os indivíduos e os Estados. Estes estabeleceriam modelos legitimadores da normatização global a partir de dois vieses principais: a uma, com o fortalecimento de comunidades globais voltadas à defesa dos direitos humanos e à instituição da paz; a duas, com a criação de sistemas transnacionais que tratem de questões internas da política mundial. Nesse sentido, vê-se que

a constitucionalização internacional não precisa estar baseada em “valorações eticamente fortes”, isto é, em tradições, traços culturais ou formas de vida comuns, mas pode reunir Estados e indivíduos em torno da manutenção da paz e proteção dos Direitos Humanos. No nível supranacional, a organização mundial amparada e integrando as decisões de Estados e cidadãos independentes associados deve possuir competências de regulação e intervenção para assegurar a paz e a proteção dos Direitos Humanos, representando “a unidade da ordem jurídica global”. Nesse sentido, sua Carta de fundação pode assumir o papel de uma Constituição Cosmopolita [...] (CASTELO BRANCO, 2017, p. 197).

Na mesma medida em que a transnacionalização não se deve limitar pelo reconhecimento obrigatório de padrões culturais afins, também não deve ser barrada pelos limites das necessidades da globalização econômica. Consoante aponta Branimir Milić (2013, p. 50), em que pese a clara dificuldade inicial em se firmar uma coesão social entre indivíduos que não carregam os mesmos valores, é precisamente essa a tarefa que se

avizinha, firmar liames dentro de sociedades multiculturais, que passem a coexistir intimamente ligadas em prol do ideal de paz.

Indo além, verificar-se-ia uma implementação genuína do Direito somente a partir do reconhecimento de um ordenamento jurídico interestatal, propiciando a salvaguarda de direitos sem recorrer ao uso da força, dado o compartilhamento de valores universais. Vê-se, então, na condição cosmopolita a completa asserção do conceito de Direito (MILIĆ, 2013, p. 35).

Em face de tais fundamentos, a teorização de Immanuel Kant acerca da paz perpétua revela-se tal qual uma lufada de ar fresco em tempos de tamanha violação a direitos humanos e de gradativo esfacelamento dos sistemas tradicionais de proteção destes. O ideal de paz encontra-se presente na história da Humanidade em diversos momentos, os quais revelaram caminhos ora mais, ora menos tortuosos à sua consecução.

No entanto, o que se apreende de tais episódios é a característica transitoriedade, posto firmarem-se sobre tréguas de quebradiço alicerce. O projeto de Kant figura meritório por conta, exatamente, da perpetuidade que pretende conferir ao projeto de paz, a qual só pode ser alcançada a partir do entendimento de que consubstancia uma paz sobretudo jurídica.

Os entraves que o assentamento de tal modelo vai, invariavelmente, enfrentar, não devem ou podem ser considerados intransponíveis. Kant professava com taxatividade que sua teoria política não poderia sucumbir aos temores quanto à abstração. Na medida em que tudo deve ser submetido à paz perpétua, sua implementação torna-se, embora porventura remota, possível.

As sensíveis lições de Cançado Trindade apontam resolutamente em tal direção, ao referenciar que os desnivelamentos que acometem a trajetória do resguardo dos direitos humanos não devem desestimular aqueles que a tal causa se devotam:

Não podemos pressupor, neste ou em qualquer domínio, um progresso linear, constante e "inevitável", porquanto as instituições públicas (nacionais e internacionais) são, em última instância, as pessoas que nelas se encontram, e oscilam, pois, como as nuvens ou as ondas, como é próprio da vulnerável condição humana. Constato hoje com nitidez que, laborar na proteção internacional dos direitos humanos, é como o mito do Sísifo, uma tarefa que não tem fim. É como estar constantemente empurrando uma rocha para o alto de uma montanha, voltando a cair e a ser novamente empurrada para cima. Entre avanços e retrocessos, desenvolve-se o labor de proteção. Ao descer da montanha para voltar a empurrar a rocha para cima,

toma-se a consciência da condição humana, e da tragédia que a circunda. Mas há que seguir lutando: na verdade, não há outra alternativa. (TRINDADE, 2005, p. 410)

A dinâmica da atualidade exhibe-se cada vez mais insustentável, na medida em que o esclarecimento humano e as conquistas decorrentes da maximização de direitos e garantias repudiam a perpetuação de violações impunidas.

À salvaguarda de prerrogativas tão caras, há interessante contribuição do cosmopolitismo jurídico, no qual a pujança da dignidade humana revele-se em todo o seu esplendor.

### **3. CONCLUSÕES**

A partir do exposto, este estudo voltou-se à elucidação da aplicabilidade de um direito cosmopolita, o qual não remete a uma representação fantasiosa, mas a um complemento necessário de código não escrito, tanto na esfera do direito civil quanto do direito internacional, propiciando a concretização dos ideais da paz perpétua (KANT, 2008a, p. 22).

Este século, bem como os vindouros, insere-se na lógica preponderante de ampliação de garantias, de ode à pessoa humana, de abrigo aos direitos arduamente conquistados. Nele, os indivíduos devem ser compreendidos na condição de seres humanos, cidadãos de uma pátria global que os enxerga como iguais, não segregados enquanto habitantes deste ou daquele espaço artificialmente demarcado chamado Nação, ou mesmo exilados quando não integrantes de Nação alguma.

Pontuar as imperfeições do sistema vigente tem o fito de aprimorá-lo, ao que se apresenta promissor o desenvolvimento de um formato compartilhado de responsabilidade e de sanção. Kant e sua teorização nunca assomaram tão atuais, de forma que o desabrochar do cosmopolitismo faz frente ao perigoso engessamento das garantias humanas, alcançadas arduamente com o andar das décadas.

Urge salientar, como é notório, diante da complexidade que tal sistema enverga e dos diversos obstáculos que certamente enfrentará, que este estudo consiste em facho tênue de luz sobre tão importante teoria, importância que justifica esta tentativa de enaltece-la ainda que timidamente. A fim de que finque raízes profundas no terreno das Nações, impende que estas libertem-se do isolacionismo e da eternização de uma rígida dinâmica interna, tarefa que certamente não será simples.

Não obstante, “a busca pelos ideais da política, da democracia, da lei internacional, deve continuar ainda que hoje seja somente uma intenção ou um compromisso retórico” (VIEIRA, 2009, p. 103). Na esteira do entendimento de Immanuel Kant, cimentar a paz perpétua constitui labor que não deve ou pode sucumbir ao desalento da inconcretude, sendo imperioso continuar a caminhada tateando os caminhos de Santiago, em peregrinação que finde com a materialização de uma paz verdadeiramente duradoura.

## REFERÊNCIAS

BÍBLIA, N. T. In BÍBLIA Online. Português. Disponível em <https://www.bibliaonline.com.br/tb/lc/12>. Acesso em 18. Jun. 2022.

CASTELO BRANCO, Felipe. *Notas sobre Cosmopolitismo e Política em Kant e Habermas*. Problemata: Revista Internacional de Filosofia. ISSN 2236-8612, vol. 8. n. 2 (2017), p. 184-202.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. [recurso eletrônico]. 1795. Tradução de Arthur Mourão, Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Lusosofia, 2008a.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita* [recurso eletrônico]. 1784. Tradução de Arthur Mourão, Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã: Lusosofia, 2008b.

LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Humanidade e Direito Cosmopolita*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. ISSN 1982-0496, vol. 4 (2008).

MILIĆ, Branimir. *A ideia kantiana de paz perpétua e suas reformulações*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Filosofia) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília. Brasília, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI*. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, p. 407-490, 2005.

VIEIRA, Patrick di Almeida. *Immanuel Kant e a Construção Contemporânea da Paz Perpétua*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2009.

## **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUAS CARACTERÍSTICAS NA PRÁTICA PENAL**

**ISABEL CHRISTINA PRAZERES RODRIGUES:**

Graduada em direito pela Universidade Tiradentes, pós graduada em direito penal e processo penal, servidora pública estadual

**RESUMO:** A presente pesquisa aborda a matéria da justiça consensual como meio instrumental para conferir celeridade e eficiência ao ordenamento jurídico na seara penal e processual penal. Nesse sentido, busca-se estabelecer um estudo sobre a origem e a finalidade do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, firmado entre o Ministério Público e o autor da infração penal, a fim de alcançar uma justiça consensual por meio da aplicação de medidas não privativas de liberdade, bem como visa verificar o campo de atuação do órgão ministerial, diante da análise da legislação e do caso concreto, para viabilizar a tratativa de não denúncia.

Palavras-chave: Justiça consensual; Acordo de não persecução penal; Ministério Público.

**ABSTRACT:** *This research addresses the issue of consensual justice as an instrumental means to provide speed and efficiency to the legal system in the criminal proceedings. In this sense, an attempt is made to establish a study on the origin and purpose of the Non-Criminal Persecution Agreement - ANPP, signed between the Public Ministry and the perpetrator of the criminal offense, in order to achieve consensual justice through the application of non-liberty deprivation measures, as well as to verify the action field of the ministerial body, in view of the legislation analysis and the specific case, to make the non-denunciation.*

*Keywords: Consensual justice; Non-criminal prosecution agreement; Public ministry.*

### **1.INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 conferiu uma nova roupagem ao ordenamento jurídico, fazendo com que as estruturas estatais se voltassem para os princípios de transformação social e proteção do bem comum. Nessa senda, o Constituinte estabeleceu uma forma diferenciada de atuação do Ministério Público, incumbindo-o da promoção de interesses estratégicos da sociedade, notadamente ressaltando a ele a titularidade privativa da ação penal pública, bem como lhe conferindo o exercício em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso, o Ministério Público passou a não mais se preocupar exclusivamente em interpor demandas perante o judiciário, mas ao contrário, visando a compreensão eficiente e transformadora de sua atuação, passou a adotar uma postura resolutiva dentro da própria instituição, deixando a judicialização para o último caso.

Essa nova forma de atuar do Parquet acompanhou as mudanças no âmbito do Direito Penal, especialmente com a flexibilização no princípio da obrigatoriedade da ação penal, que por critérios de política criminal e de utilidade social permite a aplicação de medidas não privativas de liberdade antes do oferecimento da denúncia para alcançar a justiça restaurativa e evitar o cárcere do autor do fato criminoso. Como exemplo disso, o ordenamento apresenta o instituto da transação penal, acordo de leniência, e, entre outros, o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, sendo esse último o objeto da presente pesquisa.

## **2.AÇÃO PENAL PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL**

Com a prática de uma infração penal surge o interesse estatal de persecução penal, que, em regra, começa na fase inquisitorial do inquérito policial, com o escopo de colher elementos de autoria e materialidade para o oferecimento da denúncia, e termina com a aplicação da lei penal ao fato típico, ilícito e ao agente culpável.

De acordo com Renato Brasileiro (2014, pág. 185), “ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto”. Ademais, com a aplicação da lei, o Estado pretende alcançar as finalidades da pena, que, pelos termos do artigo 59, caput, do Código Penal, será estabelecida “conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Como a pena deve, simultaneamente, evitar a prática de novas infrações e ser dirigida à pessoa do condenado - visando o controle da violência e servir de contra estímulo ao crime, bem como evitar a reincidência e promover a ressocialização do infrator - o Direito Penal Brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora, com dupla finalidade: retribuir e prevenir.

Nessa trilha, a doutrina atualmente aponta a necessidade de se observar não só a função social da pena, que busca atender os anseios do estado e da sociedade, mas também, mister é observar os fundamentos daquela, sendo estes: retribuição, reparação, denúncia, incapacitação, reabilitação e dissuasão.

Em apertada síntese, podemos dizer que a retribuição consiste em aplicar uma pena proporcional e correspondente à infração penal; que reparação é recompor a vítima por meio da reparação do dano causado pelo delito; que denúncia é a reprovação social propriamente dita; que incapacitação é a privação da liberdade do condenado, retirando-



o do convívio social; que reabilitação é a recuperação educativa, de reinserção social; e que dissuasão é convencer o infrator de que o delito é tarefa desvantajosa e inadequada.

Ocorre que, com a crise do sistema penal brasileiro, que foi declarada em Estado de Coisa Inconstitucional<sup>20</sup>, a pena aplicada ao condenado acaba sendo transformada unicamente em castigo, retribuição, notadamente por ser o cárcere um ambiente de extrema violação de direitos, que afasta a dignidade da pessoa humana e é ineficiente nos fundamentos da sanção, especialmente sob o enfoque da ressocialização.

Com isso, surge a necessidade de que o ordenamento jurídico passe a buscar uma nova reflexão político-criminal para se alcançar resultados satisfatórios na finalidade dupla do direito penal – ressocializar e prevenir. Para alcançar tal objetivo, o direito penal começou a apresentar sérias mudanças, entre elas uma flexibilização no princípio da obrigatoriedade do direito penal.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também conhecido como princípio da legalidade processual, ao órgão ministerial não cabe a decisão sobre a possibilidade ou não de oferecer denúncia diante de elementos sérios e fundados da autoria e materialidade de um fato típico, ilícito e culpável.

Esse princípio confere um dever de atuação ao órgão persecutório criminal para denunciar o agente delituoso, não restando disponibilidade em seu dever de acusar, salvo as estritas hipóteses de arquivamento ou na necessidade de outras diligências imprescindíveis para o oferecimento da inicial acusatória. Não obstante, tal obrigatoriedade deixou de ser absoluta, prevendo a lei institutos de mitigação ao referido princípio, vejamos.

---

<sup>20</sup> Termo relativo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 - Distrito Federal (STF, 2015). Nela, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL buscou, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos. Asseverou que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Sustentou também que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial.

Entre as exceções, há os institutos da composição civil e da transação penal, aplicados nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, sendo regulados pela Lei nº 9.099/1995.

Na composição dos danos civis, há um acordo entre o autor do fato e a vítima, essencialmente visando a reparação do dano nos casos de ação penal privada e ação pública condicionada. Já na hipótese de transação penal, valendo-se do princípio da discricionariedade regrada ou mitigada, o Parquet, ao invés de oferecer denúncia, e desde que o autor do fato preencha os requisitos objetivos e subjetivos, pode propor a este a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa.

Também merece destaque o acordo de leniência disciplinado pela Lei nº 12.529/2011, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Nesse diploma, a celebração do referido acordo, com os autores de crimes contra a ordem econômica e relacionados à prática de cartel, permite a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia em relação ao beneficiário, desde que este atenda às condições previstas no artigo 86 da Lei supracitada.

Outrossim, vale destacar o instituto da colaboração premiada declinada na Lei de organizações criminosas – Lei nº 12.850/2013, que prevê a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento, mas desde que o colaborador não seja líder da organização e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração à resolução do crime.

Podemos perceber que as exceções citadas podem conduzir a vários resultados, seja alcançando o caminho da justiça resolutive, que encurta a fase de instrução criminal e aplica medidas não privativas de liberdade – como no caso da transação penal –, seja alcançando a espécie de direito penal premial, que permite ao autor do fato confessar e colaborar com as investigações e, em troca, receber benefícios, como não ter contra si uma ação penal iniciada.

### **3.JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PLANO EXTRAJUDICIAL**

A origem do direito penal foi pautada pela unilateralidade da reprovação, mas evoluiu para o conjunto repressão e prevenção. Já de forma contemporânea, a ciência criminal estabeleceu a subsidiariedade das penas privativas de liberdade, promovendo um direito penal mais humanista, visando, inclusive, a diminuição da população carcerária.

Entre as bases fundamentalistas da política do não encarceramento, encontram-se as Regras de Tóquio, formuladas para a prevenção do delito e tratamento do delinquente, cujo projeto foi aprovado no ano de 1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas,

integrando a Resolução nº 45/110, sendo amplamente conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade.

Nesse contexto, vale a transcrição da apresentação firmada pelo Ministro Ricardo Lewandowski à introdução da Regras de Tóquio<sup>21</sup> no Brasil (2016, pág. 11), vejamos:

[...] Esse crescimento desenfreado da população prisional, dá-se em meio à sofisticação e o aprimoramento das formas de organização e funcionamento do aparato repressivo, notadamente sob a perspectiva de uma autorização legislativa mais punitivista.

Inspecções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) denunciaram, porém, que o ambiente prisional, no Brasil, ainda está marcado por outra modalidade de castigo, consistente na forma como é executado. Estruturas arquitetônicas em ruínas, celas superlotadas, úmidas e escuras e a falta de higiene qualificam, negativamente, um sistema de punições sem nenhum comprometimento com um prognóstico de não-reincidência. A superlotação desses espaços adiciona, inclusive, um componente agravante a todo esse contexto.

Enfim, o instituto da prisão, no Brasil, assim como em todo o continente sul-americano, é um assunto que reivindica uma indispensável revisitação, notadamente porque a seletividade como opera o sistema penal, majoritariamente alcançando as populações menos favorecidas, econômica e socialmente, denota o quanto tentamos encobrir, através de respostas penais, situações que demandam outra modalidade de intervenção e interferência.

Como se nota, a Regra Mínima supracitada tem como escopo estimular que os Estados-Membros desenvolvam em seus sistemas jurídicos outras opções de medidas para reduzir a utilização do encarceramento, nas quais devem ser observados os direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores.

Visando conferir efetividade a esse novo modelo, surgiu a Resolução 181 do CNMP que trata, em seu artigo 18, do acordo de não persecução penal, disciplinando tratamento

---

<sup>21</sup> Regras de Tóquio - Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados/>. Acesso em: 29/04/2020.

extrajudicial às infrações penais de médio potencial ofensivo, isto é, àquelas com pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos, praticadas sem violência ou grave ameaça.

Com esse modelo, busca-se que a resolutividade das questões criminais seja antecedente à sentença penal, conferindo uma resposta estatal mais célere com medidas não privativas de liberdade, a fim de desafogar parcela do judiciário em relação a longos processos, diminuir a população carcerária em relação aos infratores com menor periculosidade e priorizar recursos financeiros e humanos aos feitos que trazem maior abalo à sociedade.

Nesse sentido, Messias (2019, pág. 3) afirma:

[...] tais demandas penais passam a representar um largo campo de atuação estratégica à disposição do Ministério Público, cuja resolutividade pode gerar uma verdadeira concentração de esforços jurídicos para o processo e julgamento dos crimes mais graves, diante da redução da hercúlea pauta de trabalho de juízes, no tocante aos fatos penais menos críticos.

Cumprir mencionar que a Resolução nº 181 do CNMP foi objeto de questionamento sobre sua constitucionalidade, sendo peticionadas, respectivamente, pela Associação de Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da OAB, as ADIs nº 5.790/DF e 5.793/DF.

Assim, sobre o artigo 18 do ato normativo supracitado, foi aduzido, em apertada síntese, que a Resolução criou a hipótese de acordo de não persecução penal sem aparo em lei, o que causaria grave violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, mesmo havendo a previsão de homologação pelo judiciário das tratativas extrajudiciais.

Além disso, fora levantado também o argumento de que o Conselho Nacional do Ministério Público haveria inovado a ordem jurídica, extrapolando seu poder regulamentar, pois, na verdade, a pretexto de dispor sobre questão procedimental, estaria regulando matéria penal e processual penal, o que não seria possível.

Para o Conselho Federal da OAB a violação iria além, afirmando na ADI 5.793/DF22 (2017, pág. 11):

Trata-se de regramento que viola o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no art. 129, I, da Constituição Federal, que assevera a competência privativa do MP para a instauração de

---

22 Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar – ADI 5.793/DF em face de ato normativo constante da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público –CNMP.

ação penal pública. Em se tratando de mandamento constitucional, apenas situações excepcionais podem justificar o não oferecimento da ação penal.

Defendendo a validade e a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, é necessário compreender que o poder regulamentar não deve ficar no âmbito exclusivo do Poder Legislativo, podendo haver outras estruturas estatais aptas a elaborar ato administrativo de caráter geral, impessoal e abstrato para dar contorno às leis e à Constituição, não significando inovação da ordem jurídica.

Conforme ressalta Emerson Garcia<sup>23</sup> (2012, pág. 3):

A existência do poder regulamentar está associada à concepção de que outras estruturas estatais de poder<sup>24</sup> podem especificar, com imperatividade, as providências a serem adotadas para o aperfeiçoamento dos comandos legais postos pelo legislador democraticamente legitimado. Trata-se de manifestação especial do princípio da legalidade, permitindo concluir que o facere estatal pode assumir contornos concretos, o ato administrativo típico, ou gerais, aqui se enquadrando o regulamento<sup>25</sup>.

Destarte, os regulamentos acabam assumindo para uma função colaborativa, interpretativa, colocando a lei à época de execução e da ordem administrativa e social contemporânea. Há necessariamente uma relação verticalizada entre o regulamento e a lei, sob pena de contradição ou usurpação de poder.

Nesse sentido, vale a transcrição do artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal, vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com

---

<sup>23</sup> Emerson Garcia, em seu artigo "As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento". Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre -RS. Ministério Público do Estado do RS.

<sup>24</sup> "Se não há senão um único legislador, há uma pluralidade de detentores do poder regulamentar" (René Chapus, Droit Administratif Général, Tome 1, 15<sup>a</sup> ed., Paris: Montchrestien, 2001, p. 649).

<sup>25</sup> Cf. Otto Mayer, Le Droit Administratif Allemand, Tome 1er, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, pp. 115/116

sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (Grifo da autora)

Ademais, no mesmo diploma, o artigo 130-A, §2º, inciso I, dispõe que:

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Grifo da autora)

Como se nota, no texto supratranscrito há uma cláusula aberta que permite ao Parquet exercer outras atribuições que lhe sejam conferidas, desde que em consonância com sua finalidade institucional.

Fica claro que a Resolução nº 181 do CNMP extrai seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna, assumindo caráter ato normativo primário, isto é, de regulamento autônomo, refletindo o uso adequado da atribuição do referido órgão e preenchendo espaços que, ainda que inicialmente não alcançados pela legislação, estão em absoluta consonância finalística com esta.

Dito isto, convém afirmar que o acordo de não persecução penal é apenas mais um instrumento de atuação conferido aos presentantes ministeriais, que, no exercício da atividade de titular da ação penal pública, pode firmar tratativa de caráter político criminal, prévia ao processo penal e externa ao exercício da jurisdição, a fim de estabelecer obrigações de natureza negocial e não privativas de liberdade, promovendo um direito penal mais humanista, evitando o aumento da população carcerária.

#### **4.ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP**

Como já foi dito, o Ministério Público, diante de seu perfil resolutivo, passou a disciplinar a matéria do acordo de não persecução penal por meio da Resolução nº 181 do CNMP, visando estabelecer um novo espaço que ainda não estava preenchido pela lei. Não obstante, após a sua positivação, surgiu o Projeto Anticrime e Segurança Pública, vivificado por meio da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que enterrou qualquer argumento sobre a ilegalidade do acordo a ser firmando entre o Parquet e o autor do fato delituoso no âmbito extrajudicial.

A Lei nº 13.964/2019 foi aprovada para aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trazendo a expansão legislativa da justiça consensual na seara criminal que almejava a Resolução nº 181 do CNMP e as diretrizes das Regras Mínimas de Tóquio.

A referida lei acrescentou ao Código de Processo Penal – CPP o artigo 28-A, valendo a transcrição de seu caput:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...].

Nessa senda, de acordo com o CPP26 e com a Resolução nº 181 do CNMP, o referido acordo, conceituado como instrumento extrajudicial de atuação ministerial para a não denúncia, é consolidado por meio de condições e medidas não privativas de liberdade, trazendo à tona os fundamentos da pena, isto é, a reparação do dano e a ressocialização do investigado, que para fazer jus ao benefício não pode ser reincidente e nem apresentar personalidade voltada à criminalidade.

#### **4.1. Natureza Jurídica do ANPP**

O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal.

Quanto à natureza jurídica do acordo de não persecução penal, a doutrina se dividiu entre o viés discricionário do Ministério Público, titular da ação penal, e o direito público subjetivo do investigado ao receber a proposta.

Para uma primeira corrente, não cabe ao Parquet, ao seu livre-alvedrio, decidir se aplica ou não o ANPP. Ao contrário, o ANPP deveria seguir a mesma natureza da transação penal, que, diante do preenchimento dos requisitos legais pelo autor do fato criminoso traz um direito subjetivo ao recebimento da proposta (Messias, 2019, pág. 07).

---

26 Código de Processo Penal, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

Nesse sentido, podemos citar o julgado abaixo:

AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO APELADO. NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO APLICAÇÃO DO NOVEL ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. PREJUÍZO EVIDENCIADO. NULIDADE DECLARADA. [...] No caso em análise, a propositura do acordo de não persecução penal em nenhum momento foi oferecida ao acusado, mesmo após a entrada em vigor do novel diploma legal. III – Contudo, entende-se que o benefício despenalizador é um direito subjetivo do acusado, e nessas condições, a lei processual penal deve retroagir em seu benefício, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição da República, principalmente considerando-se que houve tempestiva manifestação pela defesa requerendo o benefício na primeira oportunidade que falou nos autos, não estando assim acobertado pela preclusão processual. [...] (TJ-PR - APL: 00011964220168160060 PR 0001196-42.2016.8.16.0060 (Acórdão), Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes, Data de Julgamento: 17/07/2020, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/07/2020)

Não obstante, para a segunda corrente, há um poder-dever ministerial e este teria fundamento na vagueza da redação da lei e da Resolução que afirma que o “Ministério Público poderá propor o acordo”. Assim, refutando a ideia de direito subjetivo, a norma estaria estabelecendo uma faculdade ao Parquet, que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e diante da confissão formal do infrator, avaliaria se seria o caso ou não de firmar extrajudicialmente o benefício.

Nesse sentido, é firme e farta a jurisprudência no Tribunal de Justiça de São Paulo, valendo a transcrição de um de seus julgados:

deve-se partir da premissa de que o acordo de não persecução penal deve ser resultante da convergência de vontades (acusado e MP), não podendo se afirmar, indubitavelmente, que se trata de um direito subjetivo do acusado [...]. Ademais, o legislador previu no art. 28-A, § 14, que diante da negativa do Ministério Público em oferecer o referido acordo, poderia o magistrado remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP [...]. No entanto, o digno



Procurador Geral de Justiça manteve a posição do Promotor de primeiro grau e insistiu na recusa de oferta do referido acordo. Logo, todas as medidas possíveis ao Poder Judiciário foram tomadas para eventual realização do referido acordo, não sendo possível exigir que o Ministério Público ofereça referido benefício, pois não se trata, conforme explanado, de direito público subjetivo do réu. (TJ-SC - HC: 50158844320208240000 TJSC 5015884-43.2020.8.24.0000, Relator: JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO, Data de Julgamento: 14/07/2020, 3ª Câmara Criminal). (Grifo da autora)

No mesmo sentido é o Superior Tribunal de Justiça, asseverando que inexistente direito público subjetivo do investigado, não podendo ser o Parquet obrigado a ofertar o ANNP, valendo a transcrição dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ANPP - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. BENEFÍCIOS NÃO OFERTADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E REJEITADOS PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DIREITO SUBJETIVO INEXISTENTE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II - No caso concreto, como já decidido anteriormente, a negativa de oferecimento da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal pelo d. Ministério Público Estadual ocorreu com fundamentação concreta, adequada e específica, não havendo falar em falta de fundamentação ou mesmo em responsabilidade por fato de terceiro. III - Acerca das duas ações penais em face da pessoa do agravante, embora sustente que tenham sido arquivadas, tem-se que há ainda outras duas investigações/ações penais em curso contra empresa de sua propriedade, o que, no entender do titular da ação penal e do Procurador-Geral de Justiça, afastaria o direito aos benefícios almejados. IV - Com efeito, é assente na jurisprudência do col.

Pretório Excelso que "As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição" ( AgRg no HC n. 199.892, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Dje de 26/5/2021). No mesmo sentido: AgRg no HC n. 654617/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje de 11/10/2021. V - No mesmo passo, sobre a inexistência de direito subjetivo do réu à suspensão condicional do processo, em especial, quando já há recusa por parte do Procurador-Geral de Justiça, mesmo quando em primeira instância, o entendimento do col. Supremo Tribunal Federal é de que: "em se tratando de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, v.g., quando houver competência originária dos tribunais, o juiz deve acatar a manifestação do chefe do Ministério Público (...) Tendo em vista que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existe direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95" ( HC n. 83.458, Primeira Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje de 6/2/2004). VI - No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do recurso ordinário em habeas corpus e de seus aclaratórios, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg nos EDcl no RHC: 159134 RO 2022/0005363-7, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Julgamento: 08/03/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 16/03/2022) (Grifo da autora)

No mesmo trilho, caminha o Supremo Tribunal Federal, valendo a menção do julgado abaixo declinado:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART.

131, § 2º, DO REGIMENTO INTERNO DO STF. ATUAÇÃO SINGULAR DO RELATOR. POSSIBILIDADE. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. REQUISITOS TEMPORAL NÃO PREENCHIDO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES (ART. 69 DO CP). PENAS MÍNIMAS SOMADAS IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE LACUNA LEGISLATIVA. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS ANTEREDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A atual redação do art. 131, § 2º, do Regimento Interno do STF veda a possibilidade de sustentação oral perante o Colegiado nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. Aliás, o § 2º do art. 21-B do Regimento apenas disciplina o funcionamento da sustentação oral nos casos em que ela for cabível. É o que também consta do art. 5º-A da Resolução 669/2020-STF. Precedentes. II – A competência para decisão monocrática por parte do relator é permitida tanto pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Código de Processo Civil. Precedentes. III – As condições descritas no art. 28-A do Código de Processo Penal - CPP, incluído pela Lei 13.964/2019, são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, porém insuficientes para concretizá-lo, pois, mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o ANPP não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como, aliás, é previsto na parte final do dispositivo. Não se trata, portanto, de um direito subjetivo do acusado. IV – Conforme exposto no acórdão atacado, o paciente não tem direito ao benefício, haja vista que as penas mínimas dos crimes que lhe são imputados, somadas (concurso material – art. 69 do CP), totalizam exatamente 4 anos de reclusão, quantum este superior ao limite previsto no art. 28-A do CPP, que estabelece a “pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”. V – A tese de aplicação analógica do art. 44 do CP (substituição de pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos), além

de ser imprópria a sua invocação - pois inexistente lacuna legislativa a ser preenchida -, não foi analisada pelo Tribunal de Justiça local, nem pelo STJ, de modo que a sua apreciação por esta Suprema Corte implicaria supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - HC: 201610 RS 0053360-23.2021.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 21/06/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 25/06/2021) (Grifo da autora)

Outrossim, o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM, no âmbito do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, formulou entendimento a seguir:

ENUNCIADO 19 (ART. 28-A, CAPUT)O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto. (Grifo da autora)

Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Habeas Corpus n.º 185.913/DF, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconhecendo a repercussão do tema, delimitou algumas indagações em razão dos diversos posicionamentos dos tribunais sobre a matéria, e, entre eles, encontra-se a discussão sobre a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP.

Todavia, por ora, entendemos que o posicionamento derradeiro supracitado – poder-dever – é apresentado como majoritário, visto que a tratativa de não persecução se encontra albergada pela oportunidade e conveniência, não cabendo ao juiz, inserido numa posição de reduzida intervenção em razão do sistema acusatório, exigir que o órgão ministerial realize o ANPP.

#### **4.2. Momento de aplicação do ANPP**

De prêmio, é válido destacar que existiu na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 882/2019, o qual previa a figura do “Acordo de Não Continuidade da Ação Penal” e modificava artigos do Código de Processo Penal.

Entre as modificações propostas, estava aquela que acrescentava o artigo 395-A, com a seguinte redação:

“Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz

deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.”  
(Grifo da autora)

Como se nota, diferentemente do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, o Acordo de Não Continuidade da Ação Penal pontuava o momento de seu oferecimento após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela a especificidade de cada instituto, a depender do momento processual .

Todavia, o supracitado projeto de lei não foi aprovado pelo Congresso Nacional, estando válido apenas o ANPP no nosso ordenamento jurídico.

Pois bem. Sobre o momento de aplicação do ANPP, vejamos a seguintes considerações.

Pela finalidade da norma, o ANPP visa a não judicialização criminal, mas ao nos debruçarmos sobre o assunto jurídico em questão, percebemos que os doutrinadores a jurisprudência vêm se dividindo quanto ao momento de aplicação do referido benefício, sendo que para uma primeira posição o limite do oferecimento do ANPP seria o recebimento da inicial acusatória, mas, já para a segunda posição, tal marco processual não é óbice para o acordo.

Em setembro corrente ano a 6ª Turma do STJ defendeu que o ANPP só deve ser aplicado até o oferecimento da denúncia, pois o legislador, nos parágrafos 3ª e 4º do CPP27, faz clara referência ao termo “investigado”, prevendo a necessidade de homologação pelo juiz das garantias para avaliação da voluntariedade e legalidade das tratativas. Nesse sentido, não caberia a retroatividade do pacote anticrime para a oferta do referido benefício, caso já tenha sido oferecida a denúncia, valendo a transcrição do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal.

2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a

---

27 CPP – “Artigo 28-A [...] § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”. (Grifo da autora)

possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor – princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência – princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.

4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual.

A jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça também vem se declinando neste sentido, visto que aplicação do ANPP após o oferecimento da denúncia seria um desvirtuamento da norma, especialmente de seus pressupostos e efeitos jurídicos. Destarte, vale a transcrição dos seguintes julgados:

[...] O conteúdo do art. 28-A revela, com isso, a introdução de um negócio jurídico processual realizado na fase investigatória capaz de obstar o oferecimento de denúncia (efeito imediato de não persecução) e a potencial futura aplicação da pena cominada no tipo penal (efeito mediato despenalizante). Se uma norma jurídica traz, expressamente, um aspecto temporal que condiciona a sua aplicação, aplicá-la de modo distinto não seria dar-lhe retroatividade, mas, isso sim, criar e aplicar outra norma. O ANPP tem aplicação antes do oferecimento da denúncia; não existe fora desse momento, porquanto tal



aspecto temporal compõe a respectiva norma. Entender que o artigo poderia ter incidência de modo a paralisar ação penal em curso para que, realizado acordo depois da denúncia, tenha o efeito de suspender ação penal já em grau recursal é construir uma norma completamente distinta, com antecedente e consequente normativos diversos dos estampados em lei. (STJ - AgRg no REsp: 1886717 PR 2020/0190008-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/10/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2020)

Assim, o acordo de não persecução penal, tal como introduzido pela lei "anticrime", pode ser firmado de forma retroativa, desde que a denúncia ainda não tenha sido aceita. Não obstante, cabe uma breve reflexão sobre a natureza da Lei nº 13.964/2019, que incluiu e alterou normas tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal.

Na doutrina de Renato Brasileiro (2014, pág. 101), as normas processuais são subdivididas em normas genuinamente processuais e normas processuais materiais ou mistas. As primeiras cuidam de procedimentos, atos processuais e técnicas do processo, aplicando-se a regra do tempus regit actum, prevista no artigo 2º do CPP, que diz: "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

Já as segundas – as normas mistas – são aquelas que abrigam conteúdos diversos, isto é, tanto de direito material quanto de direito processual, trazendo não só regras para a técnica do processo, mas também conteúdo ligado ao direito punitivo estatal e matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão.

Ocorre que, às normas de direito material se aplica a garantia constitucional da retroatividade da lei penal benéfica, prevista no artigo 5º, inciso XL, da CF. Então, se a norma prevê tanto parte processual penal quanto parte material, deve ser observada a regra da aplicação imediata sem retroatividade - artigo 2º do CPP - ou deve-se observar a retroatividade da lei, nos termos do regra constitucional retrocitada, cabendo o ANPP ainda que após o oferecimento da denúncia?

A doutrina responde à indagação afirmando que, no caso de norma mista/híbrida, vai ser aplicado o mesmo critério da lei penal material, isto é, o da retroatividade da lei penal no tempo em benefício do autor da infração, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Magna Carta e artigo 2º do Código Penal. Nesse sentido, vale mencionar o que diz o §13,

do artigo 28-A, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019: “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

Ora, percebe-se que estamos diante de uma norma mista, que, além de versar técnica processual, versa nítida norma de direito material, visto que criou uma outra hipótese de extinção da punibilidade como resultado do integral cumprimento do ANPP.

Nessa senda, com base na interpretação sistemática da norma e nos ensinamentos da doutrina, podemos afirmar que o inteiro teor do artigo 28-A e seus parágrafos poderá alcançar fatos anteriores à vigência da lei, excepcionando a regra de aplicação do acordo apenas aos casos não denunciados, permitindo que seja formulada a proposta ainda que já recebida a inicial acusatória, desde que preenchidos subjetivos e objetivos previstos na lei.

De outro giro, considerando a vertente que, em razão da natureza mista da Lei nº 13.964/2019, permite a proposta de ANPP após o oferecimento da denúncia, é pertinente a seguinte indagação: iniciada a fase de persecução penal em juízo, há possibilidade de sua aplicação após o pronunciamento judicial condenatório, seja ele recorrível ou irrecorrível?

A equipe do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo<sup>28</sup> (2020, pág. 6), defende a ideia de não aplicação após a condenação, mesmo havendo confissão, aduzindo o seguinte:

há que se estabelecer um limite, que deverá levar em conta a compatibilidade entre o aspecto processual do instituto e a etapa em que se encontre o processo. E, nesse ponto, não há dúvida de que o limite é a prolação da sentença condenatória.

Tal afirmação leva em conta o valor epistemológico do instituto da confissão que é valorada em benefício do autor do crime por questões político-criminais, em especial por ser interpretada como um serviço à justiça penal, visto que simplifica toda a instrução criminal, conferindo ao aplicador do direito a certeza moral de uma condenação justa (CAPEZ, 2007, pág. 455).

Assim, se acusado, depois do logo caminho de instrução criminal e após o decreto condenatório, resolve assumir a responsabilidade criminal, pode-se afirmar que já se esvaziou a finalidade do benefício confessional, isto é, não haverá mais utilidade, visto que

---

28 Boletim Criminal nº 04/2020 do CAO Criminal do MPSP. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim\\_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%2020%20semana%202%20.pdf.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%2020%20semana%202%20.pdf.pdf). Acessado em: 27/04/2020.

em nada colaborou para a administração da justiça, sendo a sentença válida, refletindo perfeitamente as consequências, não devendo ser anulada a fim de permitir o eventual acordo de não persecução penal.

Nesse sentido, ressalta a equipe do MPSP29 supracitada: “o marco final para que possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal”.

## **5. PECULIARIDADES PRÁTICAS DO ANPP**

### **5.1 O Direito ao Silêncio e o acordo de não denúncia**

Vimos na presente pesquisa que a aceitação, por parte o acusado, da imputação da infração penal, isto é, a confissão da autoria delitiva, firmada em termo próprio perante o Parquet, é condição imprescindível para a realização do acordo de não denúncia. Assim sendo, surge a indagação: caso o acusado tenha negado sobre os fatos em sede policial ou em juízo, poderá, ainda assim, o Ministério Público oferecer o acordo?

A doutrina tem se apresentado de forma unânime no sentido de que, caso o investigado tenha refutado a infração, isto é, negando a sua autoria, não poderá ser beneficiado com o ANPP, não cabendo ao órgão ministerial insistir no pronunciamento de autoria, sob pena de descaracterizar a voluntariedade da confissão. Não obstante, nada impede que haja a retratação voluntária do agente, permitindo que este, a partir de sua confissão formal e circunstanciada dos fatos, usufrua do referido benefício.

Por outro lado, em vez da confissão ou negativa de autoria, pode ocorrer o silêncio, notadamente nos casos em que, no momento da indagação sobre os fatos, o investigado/réu não admite e nem nega o que lhe foi imputado. Diante desta circunstância, caberia a proposta de ANPP?

É preciso ter em mente que o direito ao silêncio é inato, inerente ao acusado, devendo ser entendido no processo penal como uma proteção constitucional.

Contudo, caso o investigado ou denunciado, seja na fase policial ou em juízo, tenha exercido seu direito ao silêncio, garantia constitucional prevista no artigo 5º, LXIII, da CF, a doutrina diverge sobre a possibilidade ou não de aplicar o acordo.

---

29 Boletim Criminal nº 04/2020 do CAO Criminal do MPSP – página 8.

Para uma primeira corrente, não havendo confissão expressa não poderá ser realizado o ANPP, devendo o silêncio ser entendido como não confissão, a fim de não permitir o início das tratativas, o que representaria o seguimento da persecução penal em juízo com o oferecimento da inicial acusatória.

Nesse sentido, advogam Marco Couto e Ana Paula Couto<sup>30</sup>, afirmando:

No dia a dia forense, verificamos que em um número expressivo de procedimentos policiais o investigado opta pelo silêncio, principalmente quando não possui advogado na fase policial. A rigor, o investigado é chamado à sede policial para prestar esclarecimento e lá comparece desacompanhado de um defensor. Se o investigado opta pelo seu direito ao silêncio, o acordo de não persecução penal fica inviável porque um dos seus requisitos é justamente a confissão do investigado.

Para a segunda corrente, deve-se observar o preceito do artigo 186 do Código de Processo Penal, no qual fica estabelecido que o silêncio não pode ser interpretado de forma prejudicial ao investigado/acusado, cabendo ao órgão ministerial contatar o investigado ou pugnar em juízo a notificação do réu para que seja possibilitada a confissão.

Essa trilha é a orientada pelo Ministério Público do Estado de Goiás<sup>31</sup>, aduzindo que a confissão citada no caput do art.28-A deve ser aquela manifestada voluntariamente no momento da celebração do acordo, apontando que:

[...] Essa confissão prestada ao MP durante as tratativas do acordo independe da negativa de confissão realizada no ato do interrogatório no curso da investigação preliminar ou do inquérito policial, perante a Autoridade Policial, pois, nessa fase, o investigado pode utilizar-se desse direito, conforme lhe é assegurado constitucionalmente. O silêncio do investigado, de acordo com a franquia do art. 5º, LXIII, da CF, não pode ser utilizado para prejudicá-lo, uma vez que a nova regra do CPP indica um procedimento específico, inclusive com momento adequado, para a formalização do ajuste que pressupõe a

---

30 Ana Paula Couto e Marco Couto. Artigo: O PACOTE ANTICRIME: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-apos-o-recebimento-da-denuncia>. Acessado em: 27/04/2020.

31 Manual de Atuação e Orientação Funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) (2020, p. 12), elaborado pela Equipe do Centro de Apoio Operacional - Área de atuação criminal do MPGO.

confissão. A confissão, assim, deve ser tratada como pressuposto para o ANPP, seja ela realizada perante a autoridade policial, seja perante o Ministério Público. No entanto, a ausência na fase policial não implica, por si só, a inviabilidade da proposta. (Grifo da autora)

Firmando tal entendimento, encontra-se o Enunciado nº 13 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal<sup>32</sup>, que dispõe: “a inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinião delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

Destarte, entendemos que a garantia constitucional de silenciar durante as investigações realmente não pode ser óbice à análise para a proposta do acordo de não persecução penal, devendo ser oportunizada, perante o Parquet, a possibilidade de confissão formal e circunstanciada dos fatos em sede policial, o que atrairia o poder-dever de análise da oferta do acordo de não persecução.

## **5.2 As possíveis condições para a justiça consensual do ANPP**

A resolução nº 181 do CNMP e a Lei nº 13.964/2019 apresentaram nova roupagem à justiça consensual brasileira com o acordo de não persecução penal. Contudo, vale registrar que existem diversos modelos deste tipo de justiça, que visa o acordo entre as partes para a solução dos conflitos.

O doutor Jamil Chaim Alves (2018, pág. 218) apresenta em sua doutrina alguns perfis de justiça consensual. Para ele, há o perfil reparador, com objetivo primordial na reparação de danos à vítima; há o perfil restaurativo, visando não só da reparação do dano, mas também a pacificação social da coletividade; há o modelo negociado, tendo por base a confissão do delito, partindo para um acordo com o órgão acusador quanto às medidas ou sanções a serem aplicadas ao acusado; e há o modelo de justiça colaborativa, que, por meio da colaboração do autor do crime, informações e provas são angariadas em troca de benefícios penais e processuais penais.

Encontramos semelhança entre o perfil negociado e o acordo de não persecução penal, sendo o acordo subordinado às seguintes condições, que podem ser aplicadas de forma cumulativa ou alternativa: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo

---

<sup>32</sup> I Jornada de Direito e Processo Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), de 10 a 14 de agosto de 2020, aprovou 32 enunciados.

Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; d) pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social; e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nota-se que a Lei nº 13.964/2019 não só reproduziu alguns dispositivos, mas também trouxe novos elementos ao ordenamento jurídico para o ANPP, visando aprimorar o sistema de tratativas e conferir segurança jurídica na justiça consensual em questão.

Independente das novidades, vale a pena destacar alguns pontos da legislação supracitada para que o acordo seja válido e eficaz. O acordo de não denúncia exige que haja a sua homologação pelo juízo competente, a fim de que seja verificada a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

De outro modo, caso a tratativa seja homologada, mas descumprida sejam quaisquer das condições estipuladas, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, não havendo que se falar em detração penal, visto que não houve pena privativa da liberdade.

Por fim, sendo cumprido de forma integral o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do investigado outrora submetido às medidas de não encarceramento.

### **5.3 Concurso de Crimes e o ANPP**

É certo que o art. 28-A do Código de Processo Penal foi omissivo em relação à aplicação do ANPP no caso de concurso de crimes, mas a doutrina e a jurisprudência prontamente estabeleceram parâmetros para a sua aplicação, vejamos.

Existe corrente minoritária que defende que a análise de cabimento do ANPP deve levar em consideração as penas isoladas de cada um dos crimes praticados. Esta corrente não é albergada pela jurisprudência.

Todavia, prevalece que, quanto ao concurso material de infrações penais, previsto no artigo 69 do Código Repressor, promover-se-á a soma das penas mínimas, para se verificar se o resultado é inferior a 4 anos.

Para essa corrente, o preenchimento do requisito objetivo – quantum da pena mínima inferior a 4 anos, ocorre com na suspensão condicional do processo, nos termos da súmula 243 do STJ, para quem "o benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante ultrapassar o limite de 1 (um) ano".

A jurisprudência também é nesse sentido, valendo a transcrição dos seguintes julgados abaixo:

HABEAS CORPUS Nº 602072 - AL (2020/0191709-1) DECISÃO [...] PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELO NÃO ACOLHIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NÍTIDA PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. [...] 7. Tratando-se de concurso material entre os delitos de tráfico e associação para o tráfico, aplicável, por analogia, o entendimento quanto à aplicação do acordo de não persecução penal ao delito do art. 35 da Lei 11.343/06. 8 Fundamentada a valoração gravosa das circunstâncias do crime, em razão da elevada quantidade e nocividade da droga apreendida, situação que não se mostra desarrazoada ou desproporcional, conforme entendimento desta Corte. 9. Embargos de declaração rejeitados. Questão de ordem indeferida. Agravo regimental improvido. ( EDcl no REsp n. 1.853.351/RO, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 4/9/2020.) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. AUSÊNCIA REQUISITO OBJETIVO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REAVALIAÇÃO. PRAZO DE 90 DIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. É incabível o oferecimento de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes cuja pena mínima é superior a 4 anos , em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos do art. 28-A, caput, do CPP. 2. É inviável a análise acerca do reconhecimento do tráfico privilegiado e da quantidade de pena a ser

eventualmente fixada em sentença condenatória, pois não é permitido, na estreita via do writ, juízo de valor antecipado sobre a condenação final. [...] 6. Agravo regimental desprovido. ( AgRg no RHC n. 145.629/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 6/8/2021.) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES - 1.517,38G DE MACONHA - E DE DINHEIRO EM ESPÉCIE - R\$ 2.795,00. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 5. Quanto à tese de que a prisão seria desproporcional, diante do preenchimento dos requisitos para a celebração de acordo de não persecução penal, verifica-se que foi oferecida denúncia pelo Ministério Público Estadual, instaurando-se, assim, a persecução, o que demonstra que o acordo mostrou-se inviável. De fato, a capitulação da conduta dada pelo órgão acusador foi a dos art. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06, em concurso material, o que resulta em pena mínima superior a 4 (quatro) anos, afastando a aplicação do instituto. 6. Agravo desprovido. ( AgRg no RHC n. 149.542/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 20/8/2021.) [...] (STJ - HC: 602072 AL 2020/0191709-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Publicação: DJ 03/06/2022) (Grifo da autora)

Nesse sentido, também é o Ministério Público Federal, vejamos a sua orientação firmada em atuação temática:

ORIENTAÇÃO CONJUNTA Nº 03/2018 – MPF - Para tal fim, o membro considerará os seguintes requisitos de cabimento: a) pena mínima abstrata inferior a 4 anos; (Nesse ponto, observar a súmula 243 do STJ, aplicável à hipótese por analogia: "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da



majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. (Grifos da autora)

O Supremo Tribunal Federal compartilha do mesmo entendimento, dispondo que em caso de concurso material de crimes, considerando as penas mínimas de tais crimes (somadas), o total deve ser inferior a 4 anos. Vejamos a jurisprudência:

“O paciente não preenche o requisito objetivo para aplicação do benefício legal, uma vez que a pena mínima cominada aos crimes imputados em concurso material não é inferior a 4 anos. De fato, a pena mínima na hipótese totaliza 4 anos, motivo pelo qual não há se falar em preenchimento dos requisitos legais” (AgRg no RHC 152.756/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021). Conforme exposto no acórdão atacado, o paciente não tem direito ao benefício, haja vista que as penas mínimas dos crimes que lhe são imputados, somadas (concurso material – art. 69 do CP), totalizam exatamente 4 anos de reclusão, quantum este superior ao limite previsto no art. 28-A do CPP, que estabelece a ‘pena mínima inferior a 4 (quatro) anos’” (HC 201610 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2021 PUBLIC 25-06-2021)

#### **5.4 Preceito Secundário com pena alternativa de multa**

Se a pena com cumulada alternativamente com multa, poderá aplicar o acordo de não persecução penal? Parcela da doutrina defende que sim, sob o fundamento de que o Superior Tribunal de Justiça permite tal entendimento no instituto da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

É que o STJ em 2019 firmou entendimento de que, se o delito prevê pena de multa alternativamente, caberá os benefícios da Lei nº 9.099, afirmando em sua jurisprudência:

“É cabível a suspensão condicional da pena aos delitos que preveem a pena de multa alternativamente à privativa de liberdade, ainda que o preceito secundário da norma legal comine pena mínima superior a 1 ano”. (STJ - RHC: 118353 PB

Nesse sentido, considerando que ambos são instrumentos de política criminal voltados à justiça consensual, o entendimento supracitado também pode ser aplicado ao ANPP.

### 5.5 Crimes Hediondos e Equiparados

Para uma corrente minoritária, a hediondez não afasta a possibilidade de tratamento no âmbito da justiça consensual, haja vista que o legislador não vedou o ANPP para tais casos, não cabendo ao intérprete fazê-lo, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

É que o legislador, por exemplo, dentro do próprio texto legal da lei de drogas, previu hipóteses em que seria possível afastar o caráter hediondo do crime. Assim, com a evolução do ordenamento jurídico, o ANPP também pode fazer parte desta mudança de paradigma, a fim de que tais delitos sejam alcançados pelo instituto referido, oportunizando ao agente o não encarceramento, conforme as regra mínima de Tóquio.

Todavia, prevalece a letra “fria” da lei e o membro do Ministério Público deverá justificar o não oferecimento do ANPP ao agente que praticou um crime hediondo, sendo o benefício insuficiente para a reprovação e prevenção do crime, notadamente porque são infrações penais com alta carga de lesividade jurídica .

O Ministério Público do Estado de São Paulo é nesse sentido, valendo a transcrição do seguinte enunciado

**ENUNCIADO N.97:** O acordo de não persecução penal é incompatível com crimes hediondos ou equiparados, uma vez que sua elaboração não atende ao requisito previsto no caput do art. 28-A do CPP, que o restringe a situações em que se mostre necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

### 5.6 Crimes Culposos

É cabível o ANPP nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

A jurisprudência é nesse sentido, vejamos o julgado abaixo:

HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. CABIMENTO ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PRECEDENTES. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO RECURSO ATÉ O JULGAMENTO DO HC N. 185.913/DF NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, QUE VERSA SOBRE A MATÉRIA. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "A norma do art. 28-A do CPP, que trata do acordo de não persecução penal, somente é aplicável aos processos em curso até o recebimento da denúncia" [...] (STF - HC: 214948 SC 0118786-45.2022.1.00.0000, Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 26/05/2022, Data de Publicação: 02/06/2022) (Grifo da autora)

## **6. RESCISÃO E INTIMAÇÃO DA DEFESA**

Muito embora seja possível a rescisão do ANPP (§ 10 do art. 28-A), é necessário oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público.

A jurisprudência assim dispõe:

Muito embora seja possível a rescisão do acordo de não persecução penal (§10 do art. 28-A do CPP), necessário, para preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, oportunizar à defesa a manifestação acerca do pedido formulado pelo Ministério Público. (...) Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da decisão que rescindiu o acordo de não persecução penal, devendo outra ser proferida, intimando-se, previamente, a defesa do paciente, em respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório" (HC 615.384/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021).

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É notável que, nos últimos anos, a seara criminal de justiça consensual alcançou novos horizontes, ganhando o Ministério Público novas atribuições, notadamente podendo avaliar se as demandas mais leves podem se resolver antes da fase de judicialização.

Percebe-se que o Parquet ganha reforço na sua postura resolutiva, isto é, alcançando a resolução do problema no campo extrajudicial, especialmente por meio do acordo de não persecução penal, instrumento este que supera as estratégias criminais tradicionais que frequentemente logram baixo êxito no Poder Judiciário.

Por todo o exposto, conclui-se que o ANPP está em fase inicial de aplicação, mas se apresenta de forma adequada a uma orientação político-criminal mais humana e eficiente, especialmente por conferir ao acusado o benefício de não sofrer uma condenação criminal, permitindo também uma resposta rápida à sociedade mostrando a credibilidade dos órgãos públicos, bem como permite que a vítima seja reparada pela infração que sofrera de forma mais célere e eficiente.

## REFERÊNCIAS

**Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar – ADI 5.793/DF.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>. Acesso em: 29/04/2020.

**Boletim Criminal Comentado** - 04/2020. Centro de Apoio do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim\\_Semanal/boletim\\_CAOCrim\\_ABRIL\\_20\\_semana\\_2.pdf.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim_CAOCrim_ABRIL_20_semana_2.pdf.pdf)  
[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim\\_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%2020%20semana%20%20.pdf.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%2020%20semana%20%20.pdf.pdf) Acesso em: 27/04/2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 29/04/2020.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 10/04/2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10/04/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CEJ/CJF). **I Jornada de Direito e Processo Penal.** Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/08/enunciados-aprovados-ijdpp-vf.pdf>. Acesso em: 20/11/2020.

COUTO, A. P.; COUTO, M. **O Pacote Anticrime: O Acordo de não Persecução Penal após o recebimento da denúncia.** Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-apos-o-recebimento-da-denuncia>. Acesso em: 27/04/2020.

GARCIA, Emerson. **As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento.** Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre -RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012. Disponível em: [https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao\\_01/vol1no1art2.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf). Acesso em: 10/04/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 2ª Edição. Editora JusPodivm, 2014.

**Manual de Atuação e Orientação Funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)** (2020, pág. 12), elaborado pela Equipe do Centro de Apoio Operacional - Área de atuação criminal do MPMGO. Disponível em: [http://www.mpmgo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18\\_08\\_30\\_417\\_Manual\\_Acordo\\_de\\_N%C3%A3o\\_Persecu%C3%A7%C3%A3o\\_Penal.pdf](http://www.mpmgo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf). Acesso em: 29/04/2020.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal – teoria e prática.** Editora Lumen Juris, 2019.

Portal do STF/Processos. **Arguição de Preceito Fundamental nº 347.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 04/04/2020.

PACHECO, Viviane. **O direito ao acordo de não persecução penal.** Disponível em: <https://vivanepacheco.jusbrasil.com.br/artigos/816532807/o-direito-ao-acordo-de-nao-persecucao-penal-aos-condenados>

**Regras de Tóquio - Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados/>. Acesso em: 29/04/2020.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para Concursos.** 4.ª ed. Salvado: Jus Podivm, 2013.

## ATOS NOTARIAIS ELETRÔNICOS: SUA EVOLUÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA

**CAIO HENRIQUE LOPES DOS SANTOS:**

Bacharelado em Direito pela Faculdade da Saúde e Ecologia Humana - FASEH

CHARLES FREDERICO NUNES CAIXETA<sup>33</sup>

(coautor)

**Resumo:** O artigo busca analisar os impactos e adequações que as serventias notariais enfrentaram com o advento das novas tecnologias e o surgimento da crise gerada pela pandemia de Covid-19. A tecnologia era algo que vinha se deslocando lentamente e com o surgimento da pandemia se consolidou, tornando-se uma ferramenta de suma importância para a continuidade dos atos praticados nos tabelionatos. Nesse sentido, foram se estreitando as relações pessoais e as transações realizadas, tendo aumentado cada vez mais a busca pelos serviços eletrônicos. Partindo desse pressuposto, foi preciso observar a importância e relevância dos serviços prestados pelas serventias notariais, que tem a finalidade de dar efetividade à vontade das partes e trazer publicidade aos atos praticados, tornando mais célere os negócios jurídicos. Dessa maneira, as serventias extrajudiciais necessitam se adequar a essa nova realidade, de modo a prestar seus serviços remotamente de forma produtiva e eficiente, trazendo a mesma agilidade e comodidade sem perder toda a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia necessária dos atos jurídicos.

**Palavras-chave:** Serventias notariais; segurança jurídica; atos eletrônicos; publicidade; segurança jurídica.

**Abstract:** This article seeks to analyze the impacts and adaptations that notary services faced with the advent of new technologies and the emergence of the crisis generated by the Covid-19 pandemic. Technology was something that had been moving in slow steps and with the emergence of the pandemic was established, becoming a tool of paramount importance for the continuity of the acts practiced in the tabelionates. In this sense, personal relationships and transactions were strengthened, and the search for electronic services increased. Based on this assumption, it was necessary to observe the importance and relevance of the services provided by the notary services, which aims to give effectiveness to the will of the parties and bring publicity to the acts performed, making the legal business faster. Thus, extrajudicial services needed to adapt to this new reality, in order to provide their services remotely in a productive and efficient way, bringing the

---

<sup>33</sup> Graduando em Direito pela faculdade FASEH. Endereço eletrônico: charlesfrederico.fab@gmail.com

same agility and convenience without losing all the publicity, authenticity, security and necessary effectiveness of legal acts.

**Keywords:** Notary services; legal certainty; electronic acts; advertising; legal certainty

## **INTRODUÇÃO**

Com o surgimento da pandemia do Covid-19 quase todos os serviços que são exercidos de maneira pessoal tiveram que passar por alguma adaptação como forma de controlar a disseminação do vírus, além de visar proteger trabalhadores e consumidores. Uma das formas de adaptação mais aplicada foi a utilização da internet; com aulas ministradas através de plataformas digitais, empresas que designaram seus colaboradores ao home-office, e, até mesmo consultas médicas sendo realizadas na internet por vídeo em tempo real.

Atualmente, a utilização de elementos que facilitam a vida das pessoas tornou-se realidade nas relações jurídicas. Pois, com o dia a dia intenso, muitas pessoas nem sempre dispõem de tempo para resolver questões pessoais de forma presencial.

Com isso, a demanda para a utilização de serviços através da rede mundial de computadores vem aumentando cada vez mais, observa-se que a digitalização das informações tem se mostrado essencial nos atos da vida civil.

O Poder Público, para acompanhar o avanço das demandas nos serviços essenciais, promulgou medidas vitais visando auxiliar todo esse progresso, tendo seu primeiro passo em 2001, ano que foi editada pelo Presidente da República, a Medida Provisória nº 2.200-2, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras, o ICP-Brasil, que foi o primeiro passo legal que instituiu a regulamentação dos serviços eletrônicos, por meio dos certificados digitais.

Já em 2012, foi instituído através do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a Central Notarial dos Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC, que foi desenvolvido pelo Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal (CNB-CF) e é integrada obrigatoriamente à todas as serventias Notariais, visando facilitar a localização dos atos praticados e conferência da autenticidade dos documentos sem a necessidade de se deslocar de uma serventia à outra.

Por fim, em 2020, em meio a pandemia de COVID-19, o CNJ, instituiu o provimento nº 100, que lançou a plataforma e-notariado, que permite a lavratura dos atos notarias através do meio eletrônico, garantindo a esses atos a mesma validade, publicidade e

segurança jurídica necessária, de quando praticados presencialmente. Sua instituição, foi de suma importância para o andamento dos serviços essenciais desempenhados pelas serventias durante a crise enfrentada pela pandemia de COVID-19.

## **1. LEI Nº 8.935/1994 E O REGULAMENTO DA ASSINATURA ELETRÔNICA NO BRASIL**

O exercício notarial está fundamentado no artigo 236 da Constituição Federal de 1988, ao qual disciplina que os serviços notariais serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Em 18 de novembro de 1994 foi criada a Lei nº 8.935, sendo ela a regulamentadora do texto constitucional.

O Tabelionato de Notas, popularmente chamado de Cartório, é o local em que as pessoas se dirigem com o fim de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos seus atos jurídicos de acordo com o artigo 1º da Lei Federal nº 8.935/1994. O Cartório é administrado por um tabelião, ou notário; um profissional dotado de fé pública, que é o agente capaz de entender a vontade das partes, formalizando-as em instrumentos públicos, lhes assegurando a paz social nos negócios jurídicos celebrados. A respeito da competência e atribuições do tabelião, encontramos:

Art. 6º - Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos. (BRASIL, 1994)

As atividades dos tabelionatos de notas, como das outras serventias extrajudiciais, são regulamentadas e fiscalizadas pelo Poder Judiciário, por meio das Corregedorias Estaduais, pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Corregedoria Nacional de Justiça, o qual possuem a atribuição de editar normas, provimentos, além de fiscalizar a legalidade dos atos administrativos. Segundo Loureiro (2016), o direito notarial pode ser definido como o conjunto de princípios e normas que regulam a atividade exercida pelos notários, bem como os documentos ou instrumentos redigidos pelo profissional que, exerce a função pública por delegação do Estado, de maneira privada.

As serventias notariais, têm ganhado cada vez mais espaço na sociedade, por garantirem mais celeridade nos atos praticados, que anteriormente levavam anos para



serem julgados pelo judiciário. Visando essa celeridade, novas normas e procedimentos são editados a todo tempo, abrangendo os atos praticados pelas serventias notariais.

A regulamentação dos serviços fornecidos pelos cartórios através dos sistemas eletrônicos é de grande relevância para a sociedade, pois com a introdução desses serviços não é necessário o comparecimento presencial nas serventias.

Visando proteger os serviços prestados pelas serventias extrajudiciais, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, editou o provimento de nº 74, o qual disciplina sobre os padrões mínimos de tecnologia da informação nas serventias extrajudiciais. Dispondo de algumas especificidades, como definido pelo artigo a seguir:

**Art. 2º** Os serviços notariais e de registro deverão adotar políticas de segurança de informação com relação a confidencialidade, disponibilidade, autenticidade e integridade e a mecanismos preventivos de controle físico e lógico.

Parágrafo único. Como política de segurança da informação, entre outras, os serviços de notas e de registro deverão:

I – ter um plano de continuidade de negócios que preveja ocorrências nocivas ao regular funcionamento dos serviços;

II – atender a normas de interoperabilidade, legibilidade e recuperação a longo prazo na prática dos atos e comunicações eletrônicas. (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, podemos perceber a importância e relevância dos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais. Ademais, podemos compreender que a inclusão dos serviços eletrônicos praticados por essas serventias mostra a evolução tecnológica que vivemos e se faz cada vez mais presente até mesmo em serviços que anteriormente não imaginávamos como possíveis de serem realizados de maneira remota.

## **2. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS**

### **2.1. Introdução a documentação eletrônica**

Partindo do conceito do direito processual, em que: “Documento é o meio de prova real histórica consistente na representação física de um fato”. Sendo assim, é a prova relevante para a demonstração jurídica preexistente. Nesse sentido, antes do advento da

pandemia, toda a sociedade se prendia, até então, ao documento físico, palpável, concreto, desde o início da escrita.

Atualmente, com a implementação de novas tecnologias e os avanços da comunicação digital, onde a informação percorre os mais diversos pontos do mundo, por meio de uma velocidade ímpar, onde, atualmente, o homem não pode perder tempo. O enunciado 297 da Jornada de Direito Civil aponta: "O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar a sua autoria, independentemente da tecnologia empregada."

Os serviços notariais precisam conciliar a sua eficiência e indiscutível segurança, com a necessidade de inovações e desenvolvimento tecnológico em seus atos. Sendo assim, há que se ter em mente que todo registro tem como meio físico um suporte eletrônico.

Nesse sentido, com o fim de agilizar e viabilizar de maneira ágil os atos notariais, foram desenvolvidos documentos eletrônicos, especialmente a assinatura digital, para a plena e eficaz finalização dos negócios jurídicos, como será demonstrado a seguir.

## **2.2. Regulamentação da assinatura digital no Brasil**

A assinatura digital é viabilizada pelo emprego de criptografia assimétrica ou criptografia de chaves públicas, que foi instituída no Brasil em 24 de agosto de 2001, através da Medida Provisória-2.200-2 a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, o ICP-Brasil.

Art. 1º Fica instituída a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Art. 2º A ICP-Brasil, cuja organização será definida em regulamento, será composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras composta pela Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras - AC e pelas Autoridades de Registro - AR. (BRASIL, 2001).

A implantação dessa medida provisória foi a iniciativa que trouxe regulamentação jurídica para os documentos eletrônicos no Brasil, buscando adequar o ordenamento jurídico brasileiro às necessidades das relações pessoais internacionais.

A efetivação do certificado digital, possibilitou-se o reconhecimento do responsável de determinado documento, sendo o arquivo eletrônico validado por uma empresa certificadora, que identifica a pessoa física ou jurídica na rede. Dessa forma, a assinatura eletrônica se torna mais segura, sendo possível a sua verificação em tempo real através da criptografia assimétrica.

### **3. ATOS NOTARIAIS ELETRÔNICOS**

#### **3.1. Provimento Nº 18, de 2012, do CNJ**

Em 28 de agosto de 2012, foi criado o provimento de nº 18, a fim de instituir nos serviços notariais a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC, que tem como um de seus objetivos a interligação dos sistemas notariais permitindo a troca de dados entre as serventias, conforme podemos observar seu artigo 1º:

Art. 1º. Fica instituída a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC, disponível por meio do Sistema de Informações e Gerenciamento Notarial - SIGNO e publicada sob o domínio [www.censec.org.br](http://www.censec.org.br), desenvolvida, mantida e operada pelo Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal (CNB/CF), sem nenhum ônus para o Conselho Nacional de Justiça ou qualquer outro órgão governamental, com objetivo de:

I. interligar as serventias extrajudiciais brasileiras que praticam atos notariais, permitindo o intercâmbio de documentos eletrônicos e o tráfego de informações e dados;

II. aprimorar tecnologias com a finalidade de viabilizar os serviços notariais em meio eletrônico;

III. implantar em âmbito nacional um sistema de gerenciamento de banco de dados, para pesquisa;

IV. incentivar o desenvolvimento tecnológico do sistema notarial brasileiro, facilitando o acesso às informações, ressalvadas as hipóteses de acesso restrito nos casos de sigilo.

V. possibilitar o acesso direto de órgãos do Poder Público a informações e dados correspondentes ao serviço notarial. (BRASIL, 2012)

Esse foi o pontapé inicial da inserção dos meios digitais nos serviços notariais brasileiros. O serviço foi instituído utilizando a rede mundial de computadores permitindo que os serviços e informações dos atos sejam compartilhados através da CENSEC, seguindo o que determina o artigo 2º do provimento:

Art. 2º. A CENSEC funcionará por meio de portal na rede mundial de computadores e será composta dos seguintes módulos operacionais:

I.Registro Central de Testamentos On-Line - RCTO: destinado à pesquisa de testamentos públicos e de instrumentos de aprovação de testamentos cerrados, lavrados no país;

II.Central de Escrituras de Separações, Divórcios e Inventários - CESDI: destinada à pesquisa de escrituras a que alude a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007;

III.Central de Escrituras e Procurações - CEP: destinada à pesquisa de procurações e atos notariais diversos.

IV.Central Nacional de Sinal Público - CNSIP: destinada ao arquivamento digital de sinal público de notários e registradores e respectiva pesquisa. (BRASIL, 2012).

O compartilhamento de dados na CENSEC é requisito obrigatório incumbido aos Tabeliães e aos Oficiais de Registro que pratiquem os atos notariais, visando desta forma facilitar a localização dos atos lavrados pelas serventias, bem como a conferência da autenticidade deles, no qual, a parte terá acesso aos feitos praticados sem a necessidade de deslocar-se até a serventia para realizar as buscas, facilitando dessa maneira a integração dos serviços.

Art. 3º. A CENSEC será integrada, obrigatoriamente, por todos os Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro que pratiquem atos notariais, os quais deverão acessar o Portal do CENSEC na internet para incluir dados específicos e emitir informações para cada um dos módulos acima citados, com observância dos procedimentos descritos neste provimento. (BRASIL, 2012).

Além de dar publicidade aos atos praticados, através do CENSEC, os tabeliães de notas e oficiais de registro que detenham atribuição notarial também deverão remeter ao Colégio Notarial do Brasil, por meio da plataforma, os cartões de assinatura com as informações dos seus prepostos, autorizados a subscrever todos os atos praticados, para

permitir que as assinaturas lançadas nos instrumentos apresentados possam ser confrontadas.

### **3.2. PROVIMENTO Nº 100, DE 2020, DO CNJ E A REPENTINA IMPLEMENTAÇÃO DOS ATOS ELETRÔNICOS**

Com o surgimento do Covid-19, muitos serviços foram interrompidos ou tiveram alguma alteração em seu funcionamento. Com isso, surgiu a necessidade de implantar, no âmbito dos serviços extrajudiciais, especialmente em relação aos Tabelionatos de Notas, instrumentos tecnológicos, para facilitar a vida dos usuários, assegurando, ao mesmo tempo, segurança jurídica permeada pela fé pública.

Diante desse contexto, visando assegurar a continuidade dos serviços notariais o Corregedor Nacional de Justiça editou o Provimento nº 100, do CNJ, publicado no dia 26 de maio de 2020, dispondo sobre prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, em que foi criada a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE, que interliga todos os Cartórios, permitindo a prática de atos notariais eletrônicos, o intercâmbio de documentos e o tráfego de informações e dados em âmbito nacional. Volpi Neto (2018, p. 63), destaca que “autoria em documentos digitais pode ser presumida de várias formas entre as quais: pela titularidade de conta de telefone, titularidade de perfil em redes sociais, registro de endereço de IP (*Internet Protocol*) e assinatura”. No entanto, será requisito no ato eletrônico notarial o número da MNE, para identificação da autoria.

Para se tornar apto a praticar os atos eletrônicos a serventia deve fazer um cadastro na plataforma e possuir um certificado homologado pelo ICP-Brasil ou que seja emitido pela própria plataforma, que no caso deste último, servirá apenas para ser utilizado dentro da mesma. Para a prática do ato notarial eletrônico, o Provimento estabelece os seguintes requisitos:

- I – videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico;
- II – concordância expressada pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico;
- III – assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado;
- IV – assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil;

V – uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital. (BRASIL, 2020)

Feita a videoconferência com as partes e obtendo a concordância com o ato a ser lavrado, é disponibilizado o link que libera o documento para assinatura digital. Após todas as partes assinarem, o Tabelião efetua a sua assinatura que irá validar o ato eletrônico. Por fim, após finalizar todo o processo de assinatura, o Traslado da Escritura Pública é disponibilizado para acesso das partes.

Aos atos notariais eletrônicos é dada a mesma autenticidade que um ato lavrado de forma presencial em uma serventia. Tal afirmativa é baseada no artigo 29 do Provimento 100/2020, ao qual institui que:

“Art. 29. Os atos notariais eletrônicos, cuja autenticidade seja conferida pela internet por meio do e-Notariado, constituem instrumentos públicos para todos os efeitos legais e são eficazes para os registros públicos, instituições financeiras, juntas comerciais, Detran e para a produção de efeitos jurídicos perante a administração pública e entre particulares”. (BRASIL, 2020).

Vale ressaltar que além disso, os atos podem ser realizados de maneira híbrida, que é quando uma das partes assina fisicamente o documento e a outra assina a distância utilizando a plataforma do e-notariado.

Portanto, diante das necessidades de inovação criadas em meio a pandemia de COVID-19, a implementação das plataformas digitais teve um grande impulso. Esse processo beneficiou expressivamente a prática dos atos notariais, uma vez que permitiu a sua realização de forma eletrônica sem a necessidade de comparecimento presencial nas serventias, garantindo a prática e continuidade dos serviços prestados de uma forma segura e célere.

### **3.3 - SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS ELETRÔNICOS**

A segurança jurídica é, de maneira geral, a garantia legal de proteção aos direitos básicos. Em se tratando de documentos, é a garantia de que um documento será reconhecido perante a lei como verdadeiro, bem como de que ele estará protegido contra futuras fraudes, vazamentos e, mesmo, de perda.

Por mais simples que seja tal documento, há de se utilizar as novas tecnologias, para atender às necessidades de viabilizar o acesso aos atos notariais, a fim de se garantir a plena eficácia probatória do documento.

Hoje em dia, uma das formas mais consideradas e confiáveis, é a assinatura digital, por viabilizar que o cidadão pratique atos no cartório, sem a necessidade de se deslocar até a serventia, facilitando assim, a realização de muitos serviços e dando eficiência e agilidade a muitas demandas. Além disso, Rosenvald e Braga Netto (2020, p. 322), lembram que “a tecnologia reduz custos operacionais dos deslocamentos e interliga pessoas e comunidades, diminui o uso de papel e a necessidade de estocagem física de documentos”.

Nota-se que, este tipo de assinatura é comum no poder judiciário, onde advogados usam como suporte para o peticionamento eletrônico, os juízes e servidores para a expedição de suas peças processuais, sendo adotado também pelos cartórios, por meio do provimento nº 100, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Em suma, podendo ser utilizada por qualquer cidadão, desde que adquira um certificado digital homologado pela ICP-Brasil ou certificado e-notariado, este último que irá servir apenas para utilização dentro da própria plataforma.

Nesse sentido, com a implantação dos atos e documentos eletrônicos na esfera cartorária, o direito à informação se tornou muito mais palpável, pois com a informatização, além da transparência e andamentos ágeis de demandas que anteriormente eram morosas, dando-se nova dimensão ao princípio do acesso à informação, uma vez que proporciona maior acessibilidade aos atos praticados.

Portanto, entende-se que, esse ganho de agilidade na validação dos atos jurídicos eleva a segurança jurídica para todos os envolvidos, o que mostra indispensável para o aumento dos investimentos e o crescimento eletrônico.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme já abordado anteriormente no presente trabalho, com o advento da pandemia, muitos dos serviços que eram realizados presencialmente em cartórios no Brasil afora, foram adaptados aos avanços tecnológicos da comunicação, permitindo que todas as pessoas pudessem ter acesso de modo simultâneo.

Tais serviços, possuem a finalidade de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos seus atos jurídicos, daquele que pretende utilizar os serviços notariais.

A Medida Provisória nº 2.200-2, instituiu padrão legal para a certificação digital, através das criptografias avançadas, a fim de garantir a integridade, autenticidade e segurança jurídica dos atos eletrônicos. Na esfera extrajudicial, o Provimento nº 100,

estabeleceu a criação da plataforma e-notariado, como forma de digitalizar a lavratura dos atos notariais, levando o acesso aos serviços a toda a população de forma eficaz e segura, proporcionando, ao usuário uma ampla eficiência e agilidade no tocante aos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais.

Além disso, abordamos também a respeito do CENSEC, no qual o compartilhamento dos atos praticados é requisito obrigatório a todos Tabeliães e aos Oficiais que pratiquem os atos notariais, com o fim de facilitar a localização dos atos lavrados pelas serventias, bem como a conferência da autenticidade deles.

Sendo assim podemos concluir que a tecnologia veio para ficar e continua avançando. Em meio a pandemia, a sociedade ganhou uma estrutura apta a garantir segurança nos atos praticados pelas serventias. Porém, é necessário resiliência para enfrentar as demandas que surgem em decorrência das inovações implementadas.

Desse modo, é inegável o grande avanço alcançado com a possibilidade de realização de atos notariais, na modalidade tele presencial, a fim de garantir uma maior agilidade na formalização de diversos negócios jurídicos, com menos burocracia, sem perder de vista a segurança exigida. Portanto, podemos afirmar que os atos notariais praticados eletronicamente, constituem instrumentos públicos para todos efeitos legais, sendo plenamente eficazes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento Nº 18, de 28 de agosto de 2012.** Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1296>>. Acesso em 10 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento Nº 74, de 31 de julho de 2018.** Dispõe sobre padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados para a continuidade da atividade pelos serviços notariais e de registro do Brasil e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2637>>. Acesso em 16 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento Nº 100, de 26 de maio de 2020.** Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>>. Acesso em 27 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:



<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Dispõe sobre a Infraestrutura de Chaves Públicas no Brasil. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm)>. Acesso em 07 maio 2022

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/vox/censec>>. Acesso em 10 maio 2022.

CALCINI, Ricardo; VALENTE, Ricardo Trajano. **Assinatura Eletrônica e Sua Regulamentação**. In: CALCINI, Ricardo; VALENTE, Ricardo Trajano. Migalhas de Peso. [S. l.], 11 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/336158/assinatura-eletronica-e-sua-regulamentacao>>. Acesso em 15 maio 2022.

Colégio Notarial do Brasil. **Provimento nº 100/2020 regulamenta os atos notariais eletrônicos por meio do e-Notariado**. Disponível em: <<https://mailchi.mp/7caca140a0e4/boletim-cnbcf-n332020-ap4rb2y1wa-221416>>. Acesso em 05 abr. 2022.

DE SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro. **Os Serviços Notariais e Registrais no Brasil**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/obras/os-servicos-notariais-e-registrais-no-brasil#:~:text=%E2%80%9COs%20servi%C3%A7os%20notariais%20e%20de,seus%20atos%20pelo%20Poder%20Judici%C3%A1rio>>. Acesso em 12 maio 2022.

FILHO. Márcio Martins Bonilha. **O futuro chegou! Bem-vindo provimento nº 100 - 2020, do CNJ.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. 01 jun. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1462/O+futuro+chegou!++Bem-vindo+provimento+n%C2%BA+100+-2020,+do+CNJ>>. Acesso em 10 maio 2022.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos.** Teoria e Prática. 7. Ed. Bahia: Juspodivm, 2016, p. 48.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Código Civil Comentado.** Bahia: Editora Juspodivm, 2020. P. 322.

PEZZINI. Gian Luca Romano Carneiro; DE ANDRADE, Aline Rodrigues. **Provimento 100/CNJ: fundamentos e aspectos gerais.** Jusbrasil. 29 maio 2020. Disponível em: <<https://macedoguedes.jusbrasil.com.br/artigos/853025204/provimento-100-cnj-fundamentos-e-aspectos-gerais>>. Acesso em 10 abr. 2022.

VOLPI NETO, Angelo. **O Documento Notarial Digital.** O Direito Notarial e Registral em Artigos. São Paulo, v.3, p- 55-56, 13 dez. 2018, p. 63.

XIMENES, Rachel Letícia Curcio. **O Funcionamento dos Cartórios Notariais e de Registros Públicos Pela Via Remota.** Revista de Direito Notarial – RDN. São Paulo, v. 3, n. 2, 17 dez. 2021. Disponível em: <<http://rdn.cnbsp.org.br/index.php/direitonotarial/article/view/27/22>>. Acesso em 10 abr. 2022.

## **O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA NA UNIÃO ESTÁVEL E A SUA REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**LARISSA NUNES DE CARVALHO**

**RESUMO:** O presente trabalho visa elucidar o contrato de convivência, tecendo, inicialmente, considerações sobre o instituto da união e efeitos do pacto de convivência à luz dos ensinamentos doutrinários e da jurisprudência pátria. Com esse propósito, a pesquisa utilizou as etapas bibliográfica e exploratória para esclarecer as questões relacionadas ao contrato de convivência, propugnando por dar uma visão panorâmica ao tema.

**Palavras-chave:** União estável. Contrato de convivência. Reflexos patrimoniais.

**ABSTRACT:** The present work aims to elucidate the contract of coexistence, initially weaving considerations about the institute of union and effects of the pact of coexistence in the light of doctrinal teachings and jurisprudence of the country. For this purpose, the research used the bibliographic and exploratory stages to clarify the issues related to the contract of coexistence, promoting a panoramic view of the theme.

**Keywords:** Stable Marriage. Coexistence Agreement. Patrimonial reflections.

### **1 INTRODUÇÃO**

O pacto de convivência se insere como um dos reflexos econômicos mais instigantes, já que envolve diretrizes de caráter patrimonial no bojo de um relacionamento, marcado essencialmente pelo afeto, permitindo que os companheiros estipulem livremente disposições patrimoniais específicas, sendo a mais comum a alteração do regime de bens.

Ademais, trata-se de um tema importante sob a ótica social, porque apesar de a união estável ser uma entidade familiar bastante presente em nossa sociedade, parte dos conviventes desconhece a possibilidade de firmar convenções deste jaez.

Assim, o presente estudo propõe-se a minudenciar o pacto de convivência, evidenciando suas características, conteúdo, benefícios e seus efeitos no mundo jurídico.

Para tanto, faz-se uma análise dos institutos jurídicos relacionados ao contrato de convivência sob a ótica da doutrina e jurisprudência pátria.

## 2 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável pode ser compreendida como o enlace afetivo consubstanciado entre duas pessoas, seja homem ou mulher, com o fito de constituir família, sempre com convivência pública e duradoura.

Nesta linha intelectual, Paulo Lobo (2015, p.150) explana que a união estável constitui uma entidade familiar, formada por duas pessoas que convivem em posse do estado de caso, ou com aparência de casamento (*more uxório*), sendo um verdadeiro estado de fato convertido em relação jurídica em razão do seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição Federal e o Código Civil.

Todavia, para que uma união afetiva seja reconhecida como união estável, imperioso se faz o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 1.723 do Código Civil.<sup>34</sup>

## 3 CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

### 3.1 Conceito e Características Gerais

O contrato de convivência, também chamado de contrato particular de convívio conjugal, trata-se de contrato escrito formulado pelos companheiros, no qual se estipulam disposições de ordem patrimonial, que têm o condão de afastar o regime de comunhão parcial de bens estabelecido no art. 1.725<sup>35</sup> do Código Civil.

Nesse compasso, Francisco José Cahali acrescenta que o contrato de convivência pode ser compreendido como “o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação por eles constituída.” (2002, p. 55)

Desta maneira, é perfeitamente possível que companheiros, em razão do princípio da autonomia da vontade, estabeleçam a unidade de patrimônio comum destinada à manutenção do lar, assim como que promovam a separação dos bens pertencentes

<sup>34</sup> Art. 1723 CC: 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.

<sup>35</sup> 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.

individualmente ao respectivo convivente, afastando-os da comunhão, sendo-lhe viável consignar no pacto de convivência outras regras patrimoniais desde que atinentes à união estável.

### **3.3 Da Celebração e Modificação do Contrato Convivencial**

O caráter informal da união estável é um dos principais traços que a distingue do matrimônio, porquanto neste exige-se uma maior formalidade, seja para a sua constituição como para os seus institutos correlatos - a exemplo do que ocorre no pacto antenupcial, em que a escritura pública é indispensável para a sua formalização.

Diversamente do pacto antenupcial, o contrato de convivência, instituto oriundo de uma união fática despida de formalidades, trata-se de um negócio jurídico informal, posto que inexistem quaisquer solenidades estatuídas na lei para sua celebração.

Logo, pode ser constituído por escritura pública ou particular - dispensando registro público - tornando-se apenas necessário que o pacto seja escrito, haja vista ser inadmissível a forma verbal.

A propósito, convém notar que o Provimento nº 37/2014 do Conselho Nacional de Justiça dispõe acerca do registro da união estável no Livro "E", a ser realizado por oficial do registro civil das pessoas naturais.<sup>36</sup>

Infere-se do aludido provimento, notadamente de seus artigos 1º e 7º, abaixo transladados, que o contrato convivencial dispensa registro, bem como não exige escritura pública para a sua celebração.

Art. 1º. É facultativo o registro da união estável prevista nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>36</sup> CAVALCANTE. Márcio André Lopes. Contrato de convivência não exige escritura pública. 04/02/2017. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/02/contrato-de-convivencia-nao-exige.html>. Acesso em 17/09/2017.

Art. 7º Não é exigível o prévio registro da união estável para que seja registrada a sua dissolução, devendo, nessa hipótese, constar do registro somente a data da escritura pública de dissolução.

Corroborando o acima explanado, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA PARTICULAR. REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DE FORMA SIMILAR À COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. POSSIBILIDADE. 1. O texto de Lei que regula a possibilidade de contrato de convivência, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio. 2. A liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil. 3. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito. 4. Assim, o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, na qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito. [...]. (REsp 1459597/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 01/12/2016, DJe 15/12/2016)

Além disso, tratando-se o pacto de convivência de um contrato, ainda que inserto na seara do Direito de Família e seja despido de rigor formal, imperioso se faz a observância dos requisitos gerais estabelecidos pelo direito contratual, tais como agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>37</sup>

Neste aspecto, convém acentuar que o contrato particular de convivência conjugal obrigatoriamente deve ser constituído pela manifestação de vontade de ambos conviventes, tendo em vista seu caráter bilateral, de sorte que eventual alegação de vício

<sup>37</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

de consentimento, quanto à assinatura do referido pacto, deve ser peremptoriamente comprovada, conforme decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - CONTRATO DE CONVIVÊNCIA FIRMADO ENTRE AS PARTES - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - OBSERVÂNCIA DO ART. 111, DO CPC - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - AUSÊNCIA DE PROVAS - RECURSO PREJUDICADO. [...] Não havendo provas nos autos de que o contrato de convivência foi assinado sem aquiescência da parte, não há que se falar em existência de vício de consentimento. (TJMG, órgão julgador: 6ª Câmara Cível. Relator: Edilson Fernandes. Julgamento: 09/07/2013. Publicação: 19/07/2013.)

Quanto ao momento de celebração, impende ressaltar que o contrato de convivência pode ser firmado a qualquer tempo, antes e durante a constância do enlace convivencial, diferindo no ponto do pacto antenupcial, o qual deve ser celebrado previamente ao matrimônio. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 482).

Por fim, cumpre salientar que, da mesma forma que a sua constituição, a modificação do conteúdo do contrato convivencial pode ser realizada a qualquer tempo, contanto que os conviventes manifestem conjuntamente o ânimo de modificá-lo e que a alteração seja promovida por escrito.

### **3.4 Da Eficácia do Contrato de Convivência**

O contrato de convivência não tem como objetivo criar ou reconhecer a união convivencial, visto que a sua eficácia está condicionada à pré-existência da união estável, quando da estipulação contratual, de modo que, inexistindo a referida entidade familiar no momento da formalização do pacto, este não produzirá os efeitos patrimoniais desejados. (CAHALI, 2002, p. 306).

Ressalte-se, nesta perspectiva, que o contrato particular de convívio conjugal, assim como o pacto antenupcial submete-se à condição suspensiva, de maneira que a sua eficácia está condicionada à existência da união estável e não a vontade consignada no pacto de convivência.

Desta forma, a união estável jamais dependerá da formalização de contrato que ateste a sua existência. Ao revés, o enlace convencial situa-se no plano dos fatos jurídicos, sendo constituído de modo informal quando restarem satisfeitos todos os seus pressupostos estatuídos no artigo 1.723 da Codificação Civil.

Apesar de não ser possível, de *per si*, instituir a união estável através do contrato de convivência, eventual estipulação no instrumento contratual, no sentido de reconhecer a união estabelecida pelo casal como entidade familiar, poderá ser utilizada como meio de prova da existência do enlace convencial.

### **3.4.1 Da (Ir) Retroatividade dos Efeitos do Contrato de Convivência**

Noutro giro, insta observar, ainda, a questão atinente à retroatividade dos efeitos do pacto de convivência, dada a sua extrema relevância para a temática em apreço, sobretudo por ser um ponto revestido de controvérsia jurisprudencial e doutrinária.

A respeito dos efeitos emanados do contrato de convivência, a doutrina clássica se perfilha ao entendimento de que é possível a alteração das disposições de conteúdo patrimonial a qualquer tempo, inclusive com efeitos retroativos, a fim de que sejam atingidas situações pretéritas, em respeito ao princípio da autonomia da vontade, prevalente no pacto em espécie.

Destaque-se, em referência, a lição de Maria Berenice Dias (2015, p. 257), a qual assevera ser possível aos conviventes a todo momento regular as disposições de ordem patrimonial, até mesmo atribuir efeito retroativo às deliberações, haja vista a total liberdade conferida pela lei de ajustarem tudo o que almejarem.

Em que pese esta vertente doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça entende que o art. 1.725 do CC não comporta a referida amplitude.<sup>38</sup>

De fato, o referido dispositivo legal permite que os companheiros disciplinem suas relações de cunho patrimonial e pessoal por meio do pacto de convivência. Entretanto, apenas diante de sua inexistência é que será aplicado, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

---

<sup>38</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.383.624-MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 2/6/2015 (Info 563). Disponível: [www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0563.rt](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0563.rt). Acesso em 23/09/2017.



Nessa esteira, a Corte Cidadã, no julgamento do REsp 1.383.624-MG, pacificou o entendimento de que é vedado aos conviventes atribuírem efeitos retroativos ao contrato convivência, a fim de eleger o regime de bens aplicável ao período de convivência anterior à sua assinatura, uma vez que o contrato de convivência não pode conferir mais benesses à união estável do que ao matrimônio.

Frise-se que no casamento o regime de bens entre os cônjuges se inicia a partir da data do matrimônio, conforme prevê o artigo 1.639, §§1º e 2º, do CC<sup>39</sup>, e a sua modificação está condicionada à autorização judicial, mediante o requerimento dos consortes.

Malgrado a Constituição Federal tenha reconhecido os dois institutos como entidade familiar, não erigiu o enlace convivencial no mesmo patamar do casamento, já que expressamente estatuiu em seu artigo 226, § 3º, que a lei facilitará a conversão daquele neste.

Na doutrina, sobreleva a lição de Silvo de Salvo Venosa (2012, p. 428), o qual explana não ser possível que o contrato de convivência confira direitos mais abrangentes à união estável do que aos estabelecidos ao matrimônio, conquanto a lei aparentemente abra margem para essa possibilidade e seja dificultoso o controle das deliberações na vida prática.

À vista disso, os bens adquiridos na constância da união estável comunicar-se-ão até o início do contrato de convivência - incidindo o regime da comunhão parcial - e os outros bens contraídos após a formalização do negócio jurídico serão disciplinados pelo regime de bens estipulado pelos conviventes.

Endossando esse entendimento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que o contrato de convivência:

Não produzirá efeitos retroativos (*ex tunc*), pois as relações jurídicas patrimoniais dos companheiros até a data da celebração do pacto

---

<sup>39</sup> Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

estarão submetidas à regra da comunhão parcial de bens. Isto é, todos os bens adquiridos até a data do contrato submetem-se à comunhão parcial, e os bens adquiridos do negócio em diante estarão regidos pelo regime escolhido pelas partes. (2015, 482)

Diante desse panorama, não se conjectura como o contrato particular de convívio conjugal teria a capacidade de reconhecer uma situação tornando desnecessária a intervenção jurisdicional quando o legislador a reconheceu indispensável para o casamento.<sup>40</sup>

Ademais, tal circunstancia poderia causar prejuízos a terceiros que acaso firmassem negócios jurídicos com os conviventes, o que revela ser inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, sob a ótica da jurisprudência pátria, verifica-se que o acordo assentado somente gera efeitos para o futuro, sendo inadmissível a atribuição de efeitos pretéritos.

### **3.5 Elementos Estruturantes e Limitações no Conteúdo do Pacto de Convivência**

O conteúdo do contrato de convivência refere-se precipuamente à estipulação de cláusulas de caráter patrimonial, na medida em que disciplina as consequências de ordem econômica advindas da dissolução da união estável.

Contudo, nada obsta que também sejam regulamentadas disposições de índole existencial no bojo do contrato de convivência, em nome do princípio da autonomia da vontade.

Para tanto, as cláusulas constantes no instrumento contratual não podem macular normas de natureza pública e os direitos e garantias consignados tanto na legislação como na Carta Magna de 1988, principalmente a dignidade humana e a solidariedade familiar, sob pena de serem reputadas nulas. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 484).

Neste bordo, é preciso ressaltar que não se admite cláusula contratual que extirpe ou atenuar direitos e garantias dos companheiros previstas no ordenamento jurídico, como a inserção de cláusula que renuncie, por exemplo, o direito aos alimentos entre os

---

<sup>40</sup> CAVALCANTE. Márcio André Lopes. No contrato de união estável, é possível fixar que o regime de bens irá produzir efeitos retroativos desde o início da relação? 20/07/2015. Disponível: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/07/no-contrato-de-uniao-estavel-e-possivel.html>. Acesso em 24/09/2017.

conviventes, direito real de habitação e à herança, porquanto tais disposições importariam na violação frontal de direitos e garantias expressamente consignadas no Código Civil.

Nesta mesma ordem de ideias, especificamente quanto à renúncia da percepção de alimentos inserida no contrato de convivência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu ser vedada a exoneração contratual dos alimentos de um convivente em relação ao outro, eis que tal obrigação deriva do dever de assistência recíproca entre ambos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS À EXCOMPANHEIRA. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA, COM CLÁUSULA DE RENÚNCIA A EVENTUAIS FUTUROS ALIMENTOS. INVALIDADE. 1. Os alimentos entre cônjuges e companheiros têm base jurídica no dever de mútua assistência, colaboração recíproca essa que, cessada a convivência, transmuda-se em alimentos. [...] não é admitido nos contratos de convivência o afastamento de deveres tradicionalmente essenciais à vida conjugal, no que se insere o dever atinente à solidariedade conjugal da mútua assistência, que não possui natureza disponível. 4. Assim, não poderiam as partes contratar que o dever de mútua assistência não informaria a relação que mantinham, devendo ser desconsiderado o ajuste, ilegítimo, de renúncia a futuros alimentos. [...].(TJRS. agravo de instrumento. Oitava câmara cível. Relator: DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. Publicação: 26/11/2016)

Portanto, imposições restritivas aos direitos existenciais dos conviventes e a violação à disposição legal, por conta da ilicitude do objeto, ensejam a nulidade da cláusula contratual.

Seguindo essa mesma linha intelectual, Silvo de Salvo Venosa (2012, p.359) acrescenta que “no exame das ilegalidades, a ilicitude deve ser vista sob o prisma dos direitos fundamentais, da moral e dos bons costumes.”

No que atine às cláusulas de natureza patrimonial, vale registrar que os conviventes podem despojar do patrimônio do casal de forma livre, respeitados, porém, os direitos de terceiros, e os direitos e garantias mínimos legais e constitucionais reportados alhures.

Isto posto, permite-se aos companheiros fixar percentuais distintos de participação na aquisição dos bens, alterar a regra concernente ao modo de administração dos bens

em comum, bem como estabelecer a comunhão dos bens imóveis, excluindo-se da meação os bens móveis, por exemplo. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 483).

Diante disso, percebe-se que a disciplina patrimonial entre os conviventes através do contrato de convivência goza de certa amplitude na seara dos direitos patrimoniais, sendo um instrumento de grande utilidade para aluir os problemas de cunho econômico que eventualmente poderiam culminar no rompimento do enlace afetivo.

De outro turno, mister se faz destacar a possibilidade de se estipular cláusula determinando o pagamento de indenização de um dos conviventes ao outro pelo fim da relação afetiva.

No âmbito doutrinário, pairam controvérsias a respeito da aludida temática.

De um lado, tem-se o fato de tal disposição contratual correlacionar, diretamente, o afeto à valoração pecuniária, quantificando o que é não factível quantificar; ao passo que, de outro, há a necessidade de observar a liberdade dos conviventes em estipular o que entender pertinente a sua relação afetiva, considerando-se o princípio da autonomia da vontade.

Neste diapasão, Maria Berenice Dias (2015, p.258) pontua que a cláusula que estabelece a quantia devida a título indenizatório pelo fim da união estável é válida, tanto na hipótese da extinção do enlace convivencial provir da vontade de um dos companheiros, assim como quando o fim do relacionamento suceder por culpa de um deles.

Por sua vez, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 484) lecionam ser inviável a inserção dessas cláusulas em razão da cessação do enlace afetivo, uma vez que aviltam a própria natureza afetiva da união estável, marcada essencialmente pela solidariedade e pelo sentimento de afeição.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo teve por objetivo esclarecer algumas questões relacionadas ao contrato de convivência, realçando todas as particularidades concernentes à temática em análise e reputadas essenciais ao longo da pesquisa, sobrelevando aspectos conceituais e elementares constantes na doutrina e jurisprudência pátria.

Conforme restou demonstrado, o contrato de convivência é um negócio jurídico que, embora submeta-se aos requisitos elencados no art. 185 do CC, comuns para os contratos em geral, pode ser pactuado através de escritura pública ou particular, exigindo-se apenas que seja por escrito.

Infere-se, assim, que os conviventes podem firmar o pacto de convivência e disciplinar de modo diferente o regime patrimonial, afastando o regime da comunhão parcial de bens, atribuindo à união o regramento da comunhão universal ou separação total de bens, assim como podem estipular outras cláusulas contratuais de caráter econômico e até mesmo existencial, em razão do princípio da autonomia da vontade, tudo a depender do ânimo recíproco do casal.

Entretanto, de nenhuma forma será admitida a inserção de cláusulas que excluam ou diminuam os direitos dos companheiros, tais como as que impliquem em renúncia aos alimentos, o direito à herança ou o direito real de habitação, porquanto importam na afronta de normas de ordem pública que constituem verdadeiras garantias consagradas no texto constitucional e no Código Civil.

Por fim, percebe-se, através do presente estudo, que o contrato de convivência surge como instrumento útil e hábil para regulamentar principalmente as disposições de caráter patrimonial e diminuir a problemática financeira existente após o fim da união, conferindo uma maior praticidade aos conviventes.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_, Lei nº 10.406. **Código Civil 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: 10/08/2017.

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.383.624-MG**. Relator: Min. Moura Ribeiro. DJ. 12/6/2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0563.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0563.rtf). Acesso em 02/09/2017

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1459597/SC**. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrichi. DJ. 15/12/2016. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1dfcb07c683107f038d8c886145d097e?categoria=4&subcategoria=44>. Acesso em 18/08/2017.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277.** Relator: Min. Ayres Britto. DJ. 14/10/2011. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>. Acesso em 03/09/2017.

\_\_\_\_\_, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de instrumento nº 10024123495939002-MG.** Relator: Edilson Fernandes. DJ. 19/07/2013. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116047397/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024123495939002-mg>. Acesso em 19/08/2017.

CAHILI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Contrato de convivência não exige escritura pública.** 04/02/2017. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/02/contrato-de-convivencia-naoexige.html> Acesso em 30/08/2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **No contrato de união estável, é possível fixar que o regime de bens irá produzir efeitos retroativos desde o início da relação?** 20/07/2015. Disponível: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/07/no-contrato-de-uniao-estavel-e-possivel.html>. Acesso em 24/09/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias.** 10ª Ed. Ver. Atual, e ampl. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume V: Direito de família.** 24ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Famílias.** Vol. 6. 7 Ed. Editora juspodivm, 2015.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 6ª Ed. São Paulo: Saraiva 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7ª Ed. Ver., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## **EVOLUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO A LUZ DO INSTITUTO DE ESTABILIZAÇÃO**

**ANA PAULA RODRIGUES DA SILVA:**  
Graduanda em Bacharelado em Direito  
pelo Centro da Universidade Católica do  
Tocantins.

MURILO SUDRE MIRANDA<sup>41</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O trabalho apresentado a seguir trata a respeito da tutela antecipada, uma vez que com a reforma do Código de Processo Civil brasileiro que ocorreu em 2015, muitas transformações foram observadas, e algumas dessas transformações caracterizaram-se como inovações para as discussões jurídicas de determinadas áreas, uma dessas áreas é a que realiza os debates acerca de tutela, uma vez que fez-se presente uma prática de simplificação para estabilização de tutela. Baseado nisso, o trabalho de pesquisa a seguir pauta-se na pergunta: Como pode-se esclarecer as questões acerca da relação entre instituto de estabilização e a evolução da tutela antecipada? A resposta dessa pesquisa é dada através de resultados de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica que vai de encontro ao objetivo proposto no trabalho que é o de compreender mais a respeito da relação dada pelo processo evolucionário da tutela antecipada mediante as questões voltadas para o instituto de estabilização, acredita-se que a realização dessa pesquisa elucida pontos na área de estudos em tutela e discute sobre reverberações do novo CPC.

**Palavras-chave:** Instituto de Estabilização; Tutela Antecipada; Código de Processo Civil.

### **INTRODUÇÃO**

Há alguns anos, mais especificamente no ano de 2015 foi aprovado um novo Código do Processo Civil (CPC) que trouxe dentre suas muitas inovações, algumas novas questões no que tange às discussões de tutela.

Acerca disso, foi possível observar questões como a antecipação de tutela, a questão da urgência quanto a tutela e ainda a possibilidade de estabilização da mesma,

---

<sup>41</sup> Docente do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro da Universidade Católica do Tocantins.

todos inseridos em um novo regime e contexto judicial, o que chamou atenção e fez com que fosse importante desenvolver estudos a respeito da temática.

Tomando isto como questão propulsora é que propõe-se a seguinte pesquisa que tem como fio condutor o questionamento: Como pode-se esclarecer as questões acerca da relação entre instituto de estabilização e a evolução da tutela antecipada?

Fazendo uso de uma pesquisa qualitativa que visa explicar mais acerca do mundo real, e ainda caracterizando como uma pesquisa bibliográfica que recorre à literatura disponível a respeito dos diversos temas discutidos na pesquisa, utilizando-se dos mesmos para embasarem o debate que está sendo realizado.

A partir disso, objetiva-se nesta pesquisa compreender mais a respeito da relação dada pelo processo evolucionário da tutela antecipada mediante as questões voltadas para o instituto de estabilização, acredita-se que a realização dessa pesquisa elucida pontos na área de estudos em tutela e discute sobre reverberações do novo CPC.

## **1. TUTELA ANTECIPADA: DISCUSSÕES INICIAIS**

A fim de tecer compreensões iniciais acerca da Tutela Antecipada, uma possibilidade é conhecer a questão histórica que por vezes demonstra no direito a evolução de leis e práticas sociais e jurídicas e que tornam ainda mais fácil de compreender as reverberações das leis na sociedade ou mesmo a compreensão acerca do que ocasionou a criação de determinadas leis.

Para isso, é preciso entender que o instituto da Tutela de Urgência registra casos de concessão, desde a Roma Antiga. Assim, como inúmeros institutos que muitos se assemelham a nossa tutela urgência. Pois, naquela época já visavam antecipar, ou garantir, a efetividade processual nas decisões de méritos, uma vez que já enfrentavam a morosidade na execução de provimentos judiciais.

A Lei de doze tábuas, também editada sobre a era romana, já versava sobre Direito Público e Direito Privado e nesse dispositivo já apresentava tutela semelhante às cautelares atuais. Posteriormente, no Brasil, sob forte influência da legislação portuguesa, pesquisadores narram a aplicação de tutela nas Ordenações Portuguesas. Logo, essas normas processuais vigoraram mesmo após a declaração de independência.

Ao Final do século XX, a ciência jurídica enfrentou inúmeras modificações, em virtude da necessidade de adaptação com relação as mudanças que estavam ocorrendo notecido social e na esfera política e econômica. Nesse Cenário, o Direito Processual não poderia ficar inerte, enquanto instrumento responsável pela aplicação da norma positiva, desse modo acompanhou a evolução desses fenômenos.



Nesse campo, surgiram as medidas de urgências para evitar que a morosidade do poder judiciário leve o risco de cair no vazio, ou se transformar numa providência ineficaz. Além disso, assegurar os direitos e garantias fixado no ordenamento jurídico.

Conforme Bedaque (2013), a efetividade jurisdicional significa que todos devem ter acesso a atividade estatal sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*). Para tanto, é necessário que o cidadão tenha a seu dispor os meios adequados (*effettività técnica*), para obtenção de resultado útil (*effettività qualitativa*) percebe-se, assim que o Direito está diretamente ligado ao direito de ação; o poder de valer-se de todos os meios jurídicos para demonstrar esse direito e, em caso de sucesso, o direito de obter provimento tecnicamente idôneo e de assegurar a tutela adequada.

Em relação a matéria das cautelares, novamente, houve importante alteração, inclusive quanto a sua nomenclatura. Em 1939, chamava-se medida preventiva: em 1973, medida cautelar: e, finalmente, em 2015, passou-se chamar de tutela provisória.

Mantendo-se na questão histórica, pode-se pensar a etimologia da palavra Tutelar. Tutelar vem do latim (*tueor, tueri*), ver, olhar, observar, e figuradamente, velar, vigilar), significa proteger, amparar, defender, assistir. É com sentido que o verbo e substantivo, são empregados na linguagem jurídica, nomeadamente nas expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional.

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal (CF), aborda que nenhum obstáculo pode ser posto o direito do Poder Judiciário, que fará apreciação de qualquer lesão ou ameaça de direito. Desse modo, a tutela jurisdicional está vinculada diretamente na assistência e amparo, na vigilância do Estado, por seus órgãos jurisdicionais, prestada aos direitos dos indivíduos.

O comprometimento de apreciar as lesões e ameaças a direitos, e sucessivamente de prestar tutela judicial, constitui num dever estatal, que deve ser eficiente, a fim garantir os convívios do tecido social e o Estado Democrático de Direito. Pois, conforme Zavascki (2009, p.6), como terceiro desinteressado no conflito a ele submetido, o Estado exerce esse poder-dever necessariamente sob o signo da imparcialidade, daí a tutela jurisdicional não é concedida de ofício, dependendo antes, da ação do interessado, sob a condição de resguardar o princípio da imparcialidade do Estado-juiz, e sua liberdade de submeter-se unicamente a lei.

Tendo-se recorrido à CF é preciso voltar-se novamente a ela de modo que construa-se a compreensão de que os elementos essenciais da função jurisdicional, encontra-se nomeadamente no art.5º LIV, que assegura que ninguém será privado de

liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal. Logo, o Estado assume o compromisso de dispensar a proteção devida, toda e qualquer lesão ou ameaça de direito (inciso XXXV). Conforme Oliveira (2008), as ponderações desses dois valores fundamentais inseridos na constituição garantem a efetividade e segurança jurídica, visa-se idealmente alcançar um processo tendencialmente justo. (BRASIL, 1988)

O diploma legal acrescenta que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerente” (BRASIL, 1988, art. 5, LV). Ou seja, a tutela jurisdicional será conferida em processo em que indivíduos envolvidos nos conflitos terão, em igualdade de condições e utilizar amplamente os meios apropriados na equiparação da balança.

Tendo tal respaldo garantido na Carta Magna brasileira é preciso entender que mais especificações foram construídas no decorrer do tempo, e dentre elas está a questão voltada para o Código do Processo Civil (CPC), onde fala-se também da temática trabalhada.

Sabe-se que o Direito Processual é voltado para demandas da sociedade, assim, a composição da lide por meio de um processo, é alcançada mediante uma sequência de atos executados pelas partes interessadas. Contudo, o lapso temporal para elucidar a lide, pode acarretar ou ensejar danos irremediáveis, tanto no aspecto moral, bem como no aspecto econômico.

Nesse sistema, o novo Código de Processo Civil vigente institui no capítulo II (art.304 e §1º seguintes CPC), que trata da tutela provisória, como ampla categoria que pode ser classificada didaticamente por Sica (2015), com 3 (três) elementos: a) pela necessidade “ demonstração de perigo de demora na prestação da tutela judicial, a tutela pode ser urgência ou evidência; b) em razão do momento da postulação, a tutela provisória pode ser antecedente ou incidental e , c) em função da sua aptidão em permitir ao beneficiário fruir o bem da vida objeto do litígio ou não, ela pode ser antecipada ou cautelar. (BRASIL, 2015)

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro traz um “novo” regime, sob os pedidos de tutela de urgência satisfativa. A chamada estabilização instrumentalizada nos artigos 303 e 304 do Código Civil. Assim, rompe com o perfil tradicional de instrumento e acessório. Pois há situações, em que aguardar o processo passar por todas as fases necessárias até a prolação da sentença configura um risco ao direito pleiteado, logo, este poderia perecer no curso processual. (BRASIL, 2015)

Isto posto, surge a figura da Tutela provisória, a fim de sanar os riscos e garantir o resguardo do direito envolvido. Desta maneira, após o juiz analisar o requerimento da

tutela provisória, concederá a decisão baseada na probabilidade, e não na certeza; analisando as provas trazidas pelo demandante até o momento.

Quanto a isto, tem-se que o Código de Processo Civil vigente classificou os tipos de tutela, conforme quadro abaixo:

<b>TUTELA PROVISÓRIA</b>	De urgência (art. 300 a 310 – CPC)	Antecipada (arts. 300 a 303 – CPC)	Antecedente (arts. 303 e 304 – CPC)
			INCIDENTAL
		Cautelar (arts. 300 a 303 – CPC)	Antecedente (arts. 305 e 310 – CPC)
	De evidência (art. 311 – CPC)		

Nos termos do CPC, a tutela de urgência pode ser de urgência ou evidência, in verbis art. 294: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. (BRASIL, 2015)

Posteriormente, segundo o dispositivo jurídico, a concessão de tutela provisória pelo juiz se baseia-se:

- a) Na urgência: “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”; (BRASIL, 2015, art. 300)
- b) Na evidência): “quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte”; quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamentos de casos repetitivos ou em súmula vinculante; quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato

do depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob a cominação de multa” ou; quando a petição inicial for instruída com provas documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvidas razoável. (BRASIL, 2015, art. 311).

Ademais, a tutela pode ser concedida em caráter antecedente, ou seja, antes do desenvolvimento processual, ou incidental, no curso do processo. A tutela provisória de urgência pode ser deferida antes ou no andamento do processo, enquanto a da evidência, por sua vez apenas em caráter incidental.

Discutindo ainda a respeito de Tutela é que se faz essencial discutir um pouco mais a respeito da Tutela Provisória de Urgência, uma vez que se sabe de suas particularidades e tem-se como enfoque dessa pesquisa as discussões que estão envolvidas a tal temática.

A tutela provisória fundada em urgência está prevista no art. 300 do CPC e tem pressupostos a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; pode ser cautelar satisfativa (antecipada), assim, requerida em caráter antecedente ou incidental. (BRASIL, 2015)

Bueno (2007, p.14) afirma que uma vez que tenha-se lesionado o direito, não há possibilidade de retorno ao status quo ante ou mesmo a possibilidade de apagar os efeitos que essa lesão tenha gerado, seja por não ser desejável ou justo, que ocorra a lesão, não obstante ser possível o retorno ao status quo ante.

Dessa forma, quando os elementos carreados aos autos forem suficientes a demonstrar verossimilhança das alegações da parte autora e analisando quais são as chances de êxito, demonstrando-se que a demora no alcance da tutela jurisdicional poderá acarretar a perda do objeto da ação, por exemplo, assim como causar dano irreparável ou difícil reparação à parte, o juiz poderá conceder tutela provisória de urgência.

A probabilidade do direito, também é chamada de *fumus boni iuris*, é explicado por Didier Jr. (2015), “o magistrado precisa avaliar se há elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante”. Este mesmo autor ressalta que é necessário que o magistrado visualize uma verdade provável sobre os fatos, sem que seja necessária a dilação probatória, além da plausibilidade jurídica.

Já para Didier Jr. (2015), o elemento do perigo na demora está previsto no art. 300 do CPC e expressa a existência de risco de dano ou resultado útil do processo. Nesse sentido, a possibilidade do dano deve ser fática, despida de qualquer subjetividade.

Segundo o autor, o dano irreparável é aquele que traz consequências que jamais poderão ser revertidas.

Nesse âmbito, Marinoni (2018), enfatiza que a tutela de urgência poderia se vestir apenas do conceito de perigo de demora, eis que justificaria a necessidade de decidir de maneira provisória por não ser possível lidar com a demora, ou seja, a tutela provisória há risco de o direito não poder ser realizado. Seria esta forma mais adequada de “traduzir” a urgência no procedimento

Conforme Bueno (2017), na concessão de tutela de urgência, é importante que essa se possa dar de maneira liminar, ou seja, sem que a parte ré seja ouvida, assim, com pós justificação prévia, nos termos do art.300, § 2°. Existe quando a concessão prévia à oitiva do réu, preponderância do princípio da efetividade sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais não deixam de ser observados, sendo apenas adiados.

No dispositivo jurídico, depois de concedida a tutela de urgência é necessária a citação da parte ré para o processo, bem como a sua intimação acerca da concessão da tutela, para que possa reagir a ela, e, querendo, recorrer através do recurso de agravo de instrumento.

Por outro lado, Bueno (2015) aborda que poderá o magistrado exigir que a parte autora preste caução aos danos a serem suportados pelo réu, exceto em situações em que comprovada a hipossuficiência. Ressalta-se que a ressalva quantos aos casos de hipossuficiência presta-se a não obstaculizar o acesso à justiça daqueles que não possuem condições de adimplir custas processuais.

## **2.O INSTITUTO DE ESTABILIZAÇÃO: APLICABILIDADE EDISCUSSÕES**

O Instituto da estabilização ainda gera debate quanto a aplicação e sua interpretação, assim, a possibilidade de estabilização após decisão concessiva de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, caso seja deferida e não haja interposição de recurso, conforme prevê o art.304 CPC. Contudo, resta saber se o termo “recurso” empregado pelo legislador no dispositivo jurídico, se refere a recurso em seu sentido comum, ou se refere a qualquer ato do réu que demonstre inconformismo com a decisão. (BRASIL, 2015).

Nesse âmbito, existe diversas interpretações sobre o caput do art. 304 CPC. Logo, uma parte dos juristas enfatiza que o texto não deve sofrer “interpretação restritiva”, de modo que o termo recurso seja lido de qualquer forma de impugnação da decisão

concessiva. De outro modo, uma parte dos juristas adota a interpretação declarativa, ou seja, quando não houver recurso (agravo de instrumento), da decisão que conceder a tutela antecipada, o processo será extinto e a decisão tornar-se-á estável. Por último, muitos tem cogitados a interpretação extensiva do termo recurso, no sentido de admitir que outras decisões impugnativas impeçam a estabilização da decisão. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, Gonçalves e Neves (2016) afirma que se trata de uma interpretação declarativa, com a simples aplicação da interpretação literal, no entanto, critica apenas de passagem, a opção adotada pelo legislador, deixando a entender preferir que houvesse sido adotado o impedimento à estabilização por meio de qualquer espécie de resistência apresentada pelo réu. Em contradição, Bueno (2017) defende a interpretação lógico-sistemática, buscando harmonizar a previsão do caput art.304 com inciso I do §1º do art. 303 CPC, na medida que este último exige do demandante a emenda da petição inicial ainda que a tutela provisória tenha sido concedida, indicando uma tendência ao seguimento do processo.

Nesse campo, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) acrescentou ainda que não se revela razoável entender que mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma. O entendimento esposado pela doutrina e pela jurisprudência privilegia uma interpretação lógico-sistemática e teleológica do dispositivo. Ao concluir que o legislador pretendeu estabilizar a concessão da tutela somente naqueles casos em que não haja oposição da parte adversa, entendem que a contestação do réu é apta a evitar a referida estabilização da tutela, posto que configura uma forma de manifestação de inconformismo com a decisão.

Neste contexto é importante reconhecer que o CPC, apesar de já contar com seis anos de vigência conta com algumas obscuridades e que levantam, outros questionamentos, quanto a sua aplicabilidade e alcance, por exemplo, entres esses pode-se mencionar o instituto de estabilização descrito no art.304. (BRASIL, 2015).

Visto que conforme Marinoni (2018), por um lado a estabilização elimina a necessidade de uma questão que diante da conduta do réu não gera mais controvérsia e, de outro, outorga a capacidade de produzir efeitos a uma decisão interna ou um processo que resulta extinto sem resolução de mérito. Assim, finaliza sua tese afirmando que os efeitos da revelia como é fácil perceber, decorre da circunstância de que a técnica da estabilização da tutela, tal como desenhada no art.304 CPC, confere não citação do réu, efeitos que são baseados na mesma lógica dos efeitos de revelia (BRASIL, 2015).

Sobre este aspecto Fredie Didier Jr (2016) expõe a seguinte narrativa:

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo o réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, quando não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reforma-la ou invalidá-la. Nesse caso, não obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá no momento em que esse pedido sequer foi formulado.

Segundo Santos (2016), no direito comparado, o exemplo mais próximo desse instituto é denominado de *référé*, estabelecido na França, sendo medida que permitiu a desvinculação de tutelas de cognição sumária e cognição plena (processo do mérito). Além disso, da inspiração do direito francês, também há inspiração de grosso modo, no direito italiano, que possui a figura do *provvedimenti d'urgenza* que representa também uma medida urgente e sumária que logra êxito de imediato no plano fático, uma vez que atende de plano o requerente sem efeito da coisa julgada.

A aplicação de estabilização da tutela antecipada antecedente como instrumento jurídico surgiu no Código Civil vigente, como tentativa de suprir as lacunas e evitar sobrecarga no poder judiciário, uma vez que o código de 1973 não mencionava a técnica. Nas considerações de Heitor Vitor Mendonça Sica (2015), o principal objetivo da estabilização é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-Juiz, desde que tenha havido a antecipação da tutela (fundada por óbvio, em cognição sumária) e que réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento.

Ao pensar acerca da aplicação da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente para que ela seja efetivada, é necessário que sejam cumpridas, cumulativamente, as situações explanadas por Heitor Vitor Mendonça Sica (2015):

A leitura dos arts. 303 e 304 permite identificar quatro condições cumulativas a serem observadas para aplicação da técnica da estabilização: (a) que o juiz haja deferido o pedido de tutela antecipada (*rectius*, tutela provisória de urgência satisfativa), requerida em caráter antecedente e autônomo; (b)

o autor tenha pedido expressamente a aplicação de tal técnica; (c) que a decisão concessiva tenha sido proferida liminarmente, *inaudita altera parte*; e (d) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível.

Nesse cenário, quando o pedido de tutela antecipada antecedente é deferido aplica-se o instituto, quando indeferida não há estabilização, o autor tenha requerido expressamente a utilização de tal técnica (BRASIL, 2015, art.303, § 5º), poderá ocorrer a estabilização da tutela antecedente desde que o réu, intimado da decisão não tenha interposto recurso cabível (em regrava, o agravo de instrumento). Vale ressaltar que tal decisão poderá ser proferida liminarmente *inaudita altera parte* desde que expressamente requerido pelo requerente.

A doutrina não é unânime, como veremos adiante, existe um grupo de doutrinadores que entendem pela interpretação literal da lei, qual seja, a interposição de agravo de instrumento, ao passo que, outros autores entendem que a palavra “recurso” pode ser ampliada. Acertadamente, o STJ, se manifestou acerca do tema no sentido de afastamento da estabilização quando não ocorra interposição agravo, o réu representa contestação a demanda impugnando o deferimento da tutela antecipada.

**[...] Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada,** devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido. (REsp: 1760966 SP 2018/0145271-6, Terceira Turma, STJ, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Julgado em: 04/12/2018) (GRIFO NOSSO)

Os aspectos dos pressupostos são relevantes para que haja uma compreensão fática como ocorre e desenvolve tal instituto para que ocorra a estabilização de fato de uma decisão concedida por vias de uma tutela antecipada antecedente.



Sabendo a respeito da questão de tempo que está diretamente interligada ao trâmite do que se está discutindo, sabe-se que após transcorrido o lapso temporal para interposição de recursos da decisão que deferiu a tutela antecipada, torna-se estável não podendo mais a matéria ser discutida no âmbito do processo que ela foi deferida. Conforme Marinoni (2018), o legislador, porém, facultou às partes a possibilidade de demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada (art.304, §5º), valendo-se, assim da inversão da iniciativa para o debate, se apoiando na realização do contraditório eventual, ou seja, o contraditório só será efetivamente realizado se houver iniciativa do interessado.

O §6º do art.304 do CPC afirma que:

Art.304 – A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que conceder que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

[...]

§6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo (BRASIL, 2015, art. 304)

Assim, o legislador deixa de forma explícita que estabilização da tutela antecipada não faz coisa julgada. Segundo Medina (2016) a estabilidade não se confunde com a coisa julgada, por se tratar de um pronunciamento provisório que pode ser reavido por qualquer das partes.

Em concordância, Marinoni (2015), acredita que não resta dúvidas quanto a inexistência de coisa julgada, em virtude de ser um instituto apenas de cognição exauriente e expresso legalmente, ainda há previsão de uma ação exauriente para o aprofundamento da cognição. Após, o prazo de dois anos continua sendo passível ao exaurimento da cognição até que não ocorra a prescrição, decadência ou supressão do direito material. Portanto, ante a inexistência da coisa julgada, torna-se impossível o cabimento de ação rescisória.

### **3. ANÁLISE DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UM LEVANTAMENTO**

Em 2016, quando o CPC entrou em vigor, muito se questionou acerca da aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, de alguns institutos. Apesar do lapso temporal, há dúvidas ainda, sobre o instituto de estabilização. Desse modo a estabilização na tutela provisória vem gerando grande debate. Pois, desde o início da tramitação do projeto do Código Processo Civil vigente, a doutrina tem discutido seus limites, sua forma e eficácia.

Trata-se sem dúvidas de um instrumento relevante não apenas porque propõe uma diminuição na extensão das demandas, mas principalmente porque propõe uma ruptura com a forma tradicional de instrumentalidade entre cognição sumária e exauriente. A título de exemplo, na questão relativa a honorários advocatícios.

Acrescenta Didier (2015) que a lei não esclarece se a extinção do processo, previsto no §1º do art.304 CPC, gerará a condenação da parte ré ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Parte da doutrina sustenta que sim, propondo ainda nesse caso a incidência de um percentual menor de honorários com base na aplicação do art. 701, §1º (ação monitória).

Destarte, nesse sentido, foi aprovado o Enunciado nº18 da ENFAM – Escola de Formação e Aperfeiçoamento do Magistrado. 'Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento de custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304 caput, c/c art.701 caput CPC). Ademais, poderá surgir incidência ou dispositivo em relação a Fazenda Pública. Embora a tendência da doutrina seja admitir a estabilização em relação aos entes públicos.

A adoção da estabilização da antecipação da tutela permite, que o juiz decida com base em cognição sumária e que essa decisão traz um alto grau de estabilidade ao ponto de somente ser revertida se for proposta uma nova ação pelo réu, na qual assumirá a posição de autor. Trata-se de um fenômeno descrito por Menchini (2006), denominado de época da jurisdição sem finalidade cognitiva.

Recorrendo às discussões realizadas por outros autores é possível encontrar ainda com outras reflexões relacionadas a esta temática, por exemplo, conforme o que é revisado Trento (2016) é preciso reconhecer que o Novo Código de Processo Civil - CPC trouxe inovações, das quais pode-se mencionar a possibilidade de formulação de um pedido limitado no que tange à urgência do pedido de tutela, e ainda a questão de que quando não impugnada, haja a estabilização, não formando coisa julgada, gerando praticidades aos trâmites judiciais.

Já Scarpelli (2016) menciona que a técnica de estabilização trazida e aprovada vem de modelos estrangeiros que já eram utilizados em outros países, e que foram aplicadas no contexto judiciário brasileiro contribuindo para o encerramento de processos

em um curto recorte temporal, contribuindo para um desafogamento da máquina judiciária, o que também combaterá a morosidade que por vezes é prejudicial para outras demandas judiciais (SCARPELLI, 2016).

O autor ainda comenta que a prática de estabilização gerará contribuições para a pacificação social, visto que será gerada uma satisfação ao autor e réu, tendo em vista a conclusão do processo, uma vez que não haja interposições, o que superará os desgastes ocorridos no sistema processual anterior (SCARPELLI, 2016).

Recorrendo, por fim ao que é discutido por

Verdade é que o legislador acabou por transferir ao réu o encargo pelo destinado processo nos casos em que o autor se contente apenas com a tutela antecipada deferida. Com isso, visa à redução de demandas desnecessárias. Portanto, o novo Código de Processo Civil além de fortalecer o instituto das tutelas jurisdicionais diferenciadas, trazendo as modernas ideias do direito europeu, visa, em prol da economia processual, a implantação de forma alternativa de solução de conflitos diversa daquela prestada pelo tradicional processo de conhecimento (SOUZA; SORRILHA, 2017, p. 155).

O autor se preocupa, no entanto, a respeito das questões de aplicabilidade da lei e das novas práticas processuais, afinal, é preciso reconhecer que haverá um receio relacionado aos operadores e julgadores no que se refere à execução da aplicação, uma vez que trata-se de uma nova lei, e ainda menciona-se que há outras questões relacionadas à estabilização que não ficaram claras e que levarão tempo para que sejam tidas como pacíficas, quer seja pela jurisprudência, quer seja pela própria doutrina (SOUZA; SORRILHA, 2017)

## **CONCLUSÃO**

De acordo com o que foi apresentado nesta pesquisa, tornou-se possível compreender acerca de questões voltadas para a tutela antecipada, sendo que através da distribuição da discussão em três tópicos principais, foi esclarecedor a respeito de alguns pontos que serão apresentados a seguir.

No primeiro momento, falou-se acerca da tutela antecipada, recorrendo às questões históricas e ainda às legislações iniciais que voltavam-se para esta temática, de

modo que entendeu-se que a partir das maneiras como a sociedade evoluiu é que as leis a respeito de tutela também passaram por evolução.

Em seguida, comentou-se acerca do Instituto de Estabilização comentando acerca da aplicabilidade e discussões, comentando já sobre as questões e reverberações do novo CPC e como a estabilização da tutela tornou-se uma questão de grande importância, por referir-se a uma inovação e também a uma questão de praticidade judicial.

Por fim, buscou-se autores e suas discussões relacionadas às inovações do novo CPC, encontrando-se com conclusões que mencionam sobre como a legislação abriu precedentes para geração de uma praticidade judicial, assim como o desafogamento judicial, visto que alguns processos serão concluídos mais rápidos, e até mencionou-se a respeito do temor existente na aplicação de novos sistemas processuais como esse.

Assim, compreende-se que o novo Código do Processo Civil gerou muitas novidades no que se refere à tutela e a estabilização de tutela, porém muito mais será discutido com o tempo a fim do aprimoramento da lei e das práticas a elas inerentes, acredita-se no entanto, que as discussões realizadas nesta pesquisa sanam a necessidade de compreender um pouco mais sobre a relação existente entre o instituto de estabilização e o processo de evolução da tutela antecipada.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativas de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**, Brasília,DF, 5out. 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 14 mar. 2022

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, 16 de mar. de 2015. **Processo Civil**, Brasília,DF, mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, 10 de jan. de 2002. **Código Civil**, Brasília,DF, jan 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015;

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Cursode direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, vol. 2. 2016.

GONÇALVES, Reinaldo; NEVES, Renato. **Economia internacional**: teoria e experiência brasileira. Elsevier Brasil, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. **Revista de Processo**, São Paulo. 2018. p. 225-243.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità digiudicato. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2006, p. 869-902.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. v. único, 8ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Leise Rodrigues. **A estabilidade da tutela satisfativa de urgência**. TJRJ informativo. Rio de Janeiro .2016. Disponível em:

<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/estabilidade-tutela-provisoria-satisfativa.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2022.

SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em caráter antecedente**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016, 186f. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/19537/2/Nat%C3%A1lia%20Can%C3%A7ado%20Scarpelli.pdf>>. Acesso em 15 maio 2022.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: MACÊDO, Lucas Buril de et al (Org.).

**Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório.** Salvador:Juspodivm, 2015;

SOUZA, Artur César; SORRILHA, Rubia Cristina. A Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 3, n. 1, p. 137-157, jan./jun, 2017.

STJ. REsp 948117 - MS 2007/0045262-5 - MINISTRA NANCY ANDRIGHI, data de julgamento 22/06/2010, TERCEIRA TURMA, 2010. Acesso em: 23 mar. 2022.

TRENTO, Paulo Gustavo. Estabilização da Tutela Provisória e a discussão de matérias residuais no novo código de processo civil. **Revista Ciências Jurídicas Soc. Unipar**, v. 19, n. 1, p. 61-74, jan./jun., 2016.

## **AS PENAS DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS SOB A ÓTICA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: DISCURSOS E PRÁTICAS DOS JUÍZES E PROMOTORES FEIRENSES NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

**ALANA DOS SANTOS TELES:**

Especialista em Direito Penal.  
Bacharela em Direito pela Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS

**RESUMO:** A presente pesquisa busca conhecer como lidam os juízes e promotores feirenses com a nova perspectiva sobre penas trazida pela Lei nº 11.343/06 (nova lei de drogas) em relação às alternativas à prisão estabelecidas em seu art. 28. Para tanto, traz uma abordagem metodológica variada que se inicia com uma discussão teórica sobre o histórico da legislação sobre drogas no Brasil, a teoria da racionalidade penal moderna e tece uma análise sobre a possível mudança de paradigma do pensamento penal a partir da suposta inovação trazida pela Lei nº 11.343/06 na definição das sanções conferidas aos usuários. De forma empírica, primeiramente, faz uma exposição quantitativa através do estudo dos processos relativos ao art. 28 da lei, entre os anos de 2013 a 2015, com levantamento e descrição de dados através da tabulação. Posteriormente, e com base nos dados preliminarmente obtidos, o trabalho lança mão de entrevistas semiestruturadas com os atores jurídicos envolvidos nos processos estudados, objetivando conhecer as suas posturas e concepções, principalmente em relação às penas conferidas aos usuárias de drogas e às penas alternativas de um modo geral. Assim, este trabalho busca trazer uma discussão sobre penas e racionalidade penal e contribuir para os debates e construção de um novo pensamento penal.

**Palavras-chave:** Lei de Drogas; Inovação; Penas Alternativas; Pensamento Penal

**ABSTRACT:** This research seeks to know how judges and prosecutors from Feira de Santana deal with the new perspective on penalties brought by Law 11.343 / 06 (new drug law) in relation to alternatives to imprisonment established in art. 28. To this end, it brings a varied methodological approach that begins with a theoretical discussion about the history of drug legislation in Brazil, the theory of modern criminal rationality and weaves an analysis on the possible paradigm shift of criminal thinking from the supposed innovation brought by Law 11.343 / 06 in the definition of sanctions granted to users. In an empirical way, first, it makes a quantitative exposition through the study of the processes related to art. 28 of the law, between the years of 2013 to 2015, with survey and description

of data through tabulation. Subsequently, based on the preliminary data obtained, the research uses semi-structured interviews with the legal actors involved in the processes studied, aiming to know their positions and conceptions, mainly in relation to the punishments given to drug users and the alternative penalties of one in general terms. Thus, this paper seeks to bring a discussion on penalties and penal rationality and to contribute to the debates and construction of a new penal thinking.

**Key- words:** Law of Drugs; Innovation; Alternative Penalties; Criminal Thought

## 1. INTRODUÇÃO

Vivemos em um país que enfrenta uma crise no sistema penal, com altas taxas de encarceramento, com recorrentes e recentes rebeliões<sup>42</sup> em presídios e com a persistência de elevados índices de criminalidade<sup>43</sup>. Estudiosos e críticos apontam que a prisão não é a resposta penal mais adequada, no entanto, essa ainda é a principal resposta para as condutas consideradas criminosas.

O último levantamento nacional de informações penitenciárias - Infopen<sup>44</sup> divulgou que entre os anos de 1995 e 2010 o Brasil obteve uma variação<sup>45</sup> na taxa de aprisionamento com o crescimento de 136%. Da mesma forma, houve um aumento

---

42Apenas no início de 2017 foram registradas doze rebeliões em presídios brasileiros. Tal situação, todavia, não foi novidade na história do sistema prisional brasileiro, que possui um histórico de rebeliões e chacinas. Informações disponíveis em: <<<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/01/veja-quais-foram-as-rebelioes-e-fugas-em-massa-nas-prisoas-brasileiras-em-2017-9388668.html>>>, <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>> <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/mais-uma-rebeliao-com-mortes-em-presidio-brasileiro,437b596707df238590e02a00d6547277t9xd6rxa.html>> Acesso em 03 de jan de 2018.

43 Apenas em 2014, segundo os registros do Ministério da Saúde, 59.627 pessoas sofreram homicídio no Brasil, é o que revela o atlas da violência 2016. Disponível em: <<[http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas\\_da\\_violencia\\_2016.pdf](http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf)>>. Acesso em 03 de jan de 2018. Além disso, dentre os 132 países analisados pelo índice de progresso social de 2014, o Brasil é o 11º país mais inseguro do mundo e ocupava em 2014 a 122ª posição no ranking de segurança pessoal, já em 2016, desceu para a posição 123ª. O índice é calculado pela taxa de homicídios, o nível de crimes violentos, a percepção sobre a criminalidade, o terror político e as mortes no trânsito. Informações disponíveis em: <<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>>>; <<<http://www.progressosocial.org.br/world/ips-2016-resumo-executivo-portugues/>>>. Acesso em 03 de janeiro de 2018.

44 Departamento Penitenciário – Ministério da Justiça. Junho-2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 15 de Dezembro de 2015.

45a variação da taxa de aprisionamento, segundo o referido relatório, mede a proporção em que a população prisional cresceu em relação à população total.



vertiginoso da população prisional, passando de 90.000 em 1990 a 607.731 pessoas presas em 2014, ou seja, um aumento de 575%. Em relação aos crimes relacionados às drogas, os números são alarmantes: de um total de 245.821 crimes tentados ou consumados pelos quais há pessoas privadas de liberdade, codenadas ou esperando julgamento no país, 66.313 são relacionados a drogas, estando atrás apenas dos crimes contra o patrimônio (97.206) que comporta mais de treze figuras típicas<sup>46</sup>, enquanto aqueles possuem apenas três figuras típicas relacionadas<sup>47</sup>.

Em contrapartida a esses elevados números de prisão, não houve a diminuição do cometimento de crimes, tampouco houve o aumento da sensação de segurança na sociedade. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015<sup>48</sup> relata que:

Nenhum estado brasileiro conseguiu comprovar a eficácia do aumento do número de presos, para reduzir crimes, como medida principal. Quem obteve redução de homicídios, teve aumento de crime patrimonial. E a maior parte dos Estados teve aumento tanto de homicídios quanto de crimes patrimoniais no período. (pg. 84)

O que se vê, portanto, é que a resposta instantânea promovida pelo pensamento penal dominante – a punição pela prisão – não se mostra eficaz no que propõe (ou deveria propor): a proteção da sociedade e a ressocialização do infrator.

Sob essa perspectiva, respostas diferentes da prisão podem se apresentar como um caminho mais eficaz e menos doloroso para o indivíduo infrator, para sociedade e para o próprio sistema penal, por inferir números menos elevados de prisões e a expectativa de menor número de reincidência e maior probabilidade ressocializadora.

Assim, no meio de tantas tipificações penais encarceradoras, surgiu em 2006 a Lei nº 11.343/06 com um aspecto ambivalente. Embora tenha recrudescido a pena para o tráfico, a nova lei de drogas trouxe um dispositivo interessante, que causou e ainda causa estranheza e discussões no âmbito penal: a exclusão da pena prisão como resposta a uma

---

46As figuras típicas, determinadas pelo DEPEND, relacionadas aos crimes contra o patrimônio são: furto simples, furto qualificado, roubo simples, roubo qualificado, latrocínio, extorsão, extorsão mediante sequestro, apropriação indébita, apropriação indébita previdenciária, estelionato, receptação, receptação qualificada, outros.

47Tráfico, associação para tráfico, tráfico internacional.

48Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública – 2015. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf). Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

conduta incriminada e a previsão de penas alternativas como principal e única resposta ao crime de uso de drogas.

Dessa forma, embora essa nova lei indique retrocesso no que tange ao recrudescimento da pena conferida ao traficante, foi considerada inovadora por trazer uma nova matéria de penas em relação aos usuários de drogas (PIRES, 2011). Ao conferir exclusivamente as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas de comparecimento a cursos e programas educativos àqueles que são imputados uma das figuras típicas do *caput* do art. 28, a lei traz a expectativa de inserir no sistema penal, como penas principais e únicas, sanções que não preveem a prisão e a multa, portanto que se afastam do seu caráter estritamente aflitivo.

Essa notória mudança no sistema legislativo, no entanto, não necessariamente acarreta uma mudança no sistema de direito, tendo em vista que a formulação da lei pode ser utilizada de diversas formas pelos atores, a depender de quem aplica e como aplicam.

Assim, a partir dessa novidade no âmbito legislativo, estudamos aqui se essa mudança foi aceita a ponto de ser estabilizada pelo sistema de direito, tendo os “operadores jurídicos” a valorizado a ponto de aceitar e aplicar tais penas, não somente nas hipóteses que dispõe a lei, mas também nas operações subsequentes (outros crimes). Ou seja, propomos estudar aqui se a semente plantada por essa mudança legislativa germinou ou não nos solos do pensamento penal.

Dessa forma, temos como objeto de pesquisa a atuação dos atores jurídicos de Feira de Santana sobre as penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06. A atuação aqui é compreendida pela forma como os atores entendem os dispositivos e como utilizam os mesmos nos processos estudados. O objeto possui como elementos específicos os juízes e promotores envolvidos no enfrentamento do crime previsto no art. 28 da lei, na Comarca de Feira de Santana, ou seja, ocorreu no âmbito dos juzizados especiais criminais feirenses.

Orientamos a pesquisa a partir da seguinte pergunta inicial: “Como os atores jurídicos feirenses lidam com as penas alternativas do art. 28 a lei de drogas?”. A partir dessa pergunta buscamos metodologias para compreender o objeto pretendido. Dividimos, portanto, esse trabalho em três momentos.

No primeiro, de forma teórica, tecemos observações importantes quanto ao histórico das legislações sobre drogas, sobre a racionalidade penal moderna e sobre o conceito e etapas da inovação penal, para oferecer uma lastro conceitual ao nosso trabalho.

No segundo momento, propomos uma abordagem quantitativa e mostramos como foi nossa ida a campo para estudar os processos de porte de drogas para consumo

peçoal, como foi feito o levantamento de dados e a descrição dos mesmos, e a apresentação dos resultados extraídos demonstrados por meio de tabelas com as suas respectivas descrições.

Por fim, na terceira etapa, aproveitamos parte do resultado da pesquisa quantitativa e partimos para uma pesquisa qualitativa, na qual entrevistamos os atores jurídicos envolvidos nos processos de porte de drogas para consumo pessoal na Comarca de Feira de Santana. A partir dos resultados obtidos, podemos tecer uma análise sobre como os juizes e promotores de Feira de Santana (nos processos estudados) lidam com as questões das penas alternativas do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Percebemos que, embora apliquem os dispositivos conforme manda a lei, a inovação penal não foi aceita a ponto de ser estabilizada e o pensamento deles ainda encontra-se prevalentemente imerso na racionalidade penal moderna. Tais informações foram extraídas das entrevistas e analisadas a partir do método da Teoria Enraizada que permitem um contraponto com os resultados preliminarmente obtidos na análise da pesquisa quantitativa.

Ao relacionar a nossa pesquisa com outras realizadas no Brasil, percebemos que o pensamento que perpassa os atores entrevistados, no âmbito feirense, não se diferencia muito de outras localidades. Assim, ao menos a partir dos dados empíricos que serão apresentados, podemos afirmar que o pensamento da racionalidade penal moderna ainda predomina e se mostra como obstáculo às mudanças no sistema cognitivo.

No entanto, devemos ressaltar os “pontos luz” que pudemos identificar na pesquisa, com atores que se mostraram preocupados com a questão das penas e que representam o início de uma possível mudança de postura frente a rigidez do sistema penal.

## **2.METODOLOGIA ADOTADA**

A presente pesquisa adota metodologia variada e, para que se desenvolvesse da melhor maneira, foi dividida em quatro etapas:

- Pesquisa bibliográfica, com a busca e leitura de referências capazes de embasar o trabalho, através de fundamentações e questionamentos;
- 4 Levantamento e a coleta de dados quantitativos junto às secretarias das Varas do Sistema dos Juizados sobre os processos relativos ao crime de porte de drogas para consumo pessoal;

- 5 Entrevistas semi-diretivas com Juízes e Promotores que atuam nas Varas dos Juizados e sejam responsáveis pela aplicação do art. 28 da Lei de Drogas na Comarca de Feira de Santana.
- 6 Análise dos dados a partir do método da Teoria Fundamentada nos Dados.

Em função do assunto proposto para investigação na pesquisa, foi realizada uma revisão bibliográfica acerca do tema para fundamentar a ideia inicial, ter conhecimento da existência de pesquisas com objetivos e/ou desenvolvimento semelhantes, buscando métodos e levantando questionamentos.

Foi importante trazer para a pesquisa o histórico da lei de drogas para que pudesse ser visualizada a mudança legislativa ao longo dos anos e a estrutura de pensamento penal dominante que a acompanhou ao longo dessa “trajetória”.

Posteriormente, partimos para a pesquisa exploratória-descritiva. Foram levantadas informações gerais através da primeira visita às secretarias dos juizados, na qual coletamos a quantidade geral dos processos existentes em cada uma das varas dos juizados, partindo-se para a produção de amostras. Após, foram elaboradas variáveis sobre o que seria importante ser observado nos processos, sendo estas organizadas em “categorias” que englobam pareceres de transação penal, informações do termo circunstanciado, laudo pericial de constatação da droga, audiências e desfecho do processo. Tais informações foram colocadas numa tabela-geral<sup>49</sup> que norteou a tabulação dos dados. Com a formulação de dados representados em tabelas, quantitativamente, passamos a descrevê-los de acordo com os seus pontos mais relevantes para os objetivos da pesquisa.

Os dados preliminarmente alcançados nessa fase da pesquisa serviram de embasamento para a formulação das perguntas para as entrevistas.

## 2.1 A ENTREVISTA COMO MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO

A escolha da entrevista como instrumento de investigação empírica se deu pela possibilidade de este instrumento oferecer informações que são trazidas e/ou esclarecidas pelo próprio ator social. É, como nos dizeres de Charles Cannel e Robert Kahn (1974) os “dados sobre experiências passadas e comportamentos futuros não podem ser obtidos por outros meios”.

A entrevista permite o contato direto entre o entrevistador e o interlocutor, que muitas vezes é o próprio objeto de pesquisa, como, indiretamente, no presente caso. Ainda

---

<sup>49</sup>Vide Anexo 1.

nos dizeres de Connel e Kahn (1974), “percepções, atitudes e opiniões não podem ser inferidas pela observação, mas são acessíveis por meio da entrevista”. Assim, por meio das entrevistas, há a possibilidade em se obter um dado mais próximo da realidade ou do pensamento do interlocutor.

Deve-se, no entanto, ter cuidado com o sentido que o próprio ator social dá a sua ação. Danielle Ruquoy (1997) chama atenção ao conceito de “ilusão da transparência” que é o crer que o indivíduo conhece aspectos relativos à sua ação. Nas palavras da autora, “se o objetivo é compreender práticas, importam delimitar o modo como os atores as organizam subjetivamente e as valorizam, mas importa igualmente considerar relações sociais que tenham efeitos independentes da consciência dos atores”.

Assim, buscamos compreender os modos de pensar desses atores sociais, não apenas a partir das próprias percepções deles, mas também e principalmente pelos efeitos das relações sociais desses atores, materialmente na forma que eles aplicam as penas do art. 28 da Lei de drogas. Assim, por esse e outros motivos estudamos também os processos relacionados aos crimes de porte de drogas para consumo pessoal antes de iniciar as entrevistas.

O tipo de entrevista escolhida foram as entrevistas semi-diretivas ou semi-estruturadas. Nesse tipo de entrevista o entrevistador possui um objetivo de pesquisa específico, mas não necessariamente interfere nas respostas do interlocutor. Em outras palavras, é permitido que o próprio entrevistado estruture o seu pensamento em torno do objeto, cabendo ao investigador zelar pela pertinência das afirmações relativamente ao objetivo da pesquisa, aprofundando os pontos não mencionados pelo entrevistado, se necessário (RUQUOY, 2005). Nas explicações de Duchesne trazidas por Xavier (2017, p. 125) temos que:

A entrevista “semidiretiva favorece um deslocamento do questionamento, voltado para o saber e as questões próprias dos atores sociais. A principal razão de ser um método é de coletar, junto com as opiniões dos entrevistados, os elementos de contexto (social e linguístico) necessários à compreensão de tais opiniões. Essa entrevista consiste em levar a pessoa entrevistada a explorar ela própria o campo de indagação aberto pela “diretriz inicial”, em vez de ser guiada pelas questões do entrevistador. (Duchesne, 2000, p. 10).

Assim, com a criação do roteiro de perguntas - que será exposto em momento oportuno – utilizado para nortear as entrevistas, tivemos o cuidado de observar – a partir do conhecimento prévio das práticas que foram observadas nos processos – as percepções dos próprios entrevistados sobre si mesmo no momento da entrevista e a maneira como ele atuava na prática, relançando, quando necessário, alguns questionamentos.

## 2.2 A ANÁLISE DAS ENTREVISTAS PELA TFD NA PESQUISA

Para a obtenção dos dados através das entrevistas foi utilizada, com importantes ressalvas, a Teoria Fundamentada nos Dados de Glaser & Strauss (1967) para as respectivas formulação de categorias.

A Teoria Fundamentada nos Dados (TFD) foi pensada por Glaser e Strauss (1967) como uma metodologia que permite a formulação de conhecimento através da observação de dados qualitativos empíricos. Foi pensada como uma crítica e alternativa às pesquisas sociológicas da época com baixo grau de teorização e essencialmente quantitativas e também às pesquisas mais tradicionais, de cunho verificativo e corroborativo de hipóteses já existentes (CAPPI, 2014).

A partir desse método é possível construir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica com os dados obtidos através da observação. Essa formulação teórica, por sua vez, pode se tornar objeto de verificação e de discussão à luz de outras formulações já existentes. Trata-se de um método prevalentemente indutivo, ou seja, de descobertas ao longo da pesquisa. No entanto, como elucida Riccardo Cappi (2014) “não se trata aqui de sustentar que a TFD seja indutiva no sentido puro da palavra, o que seria de fato impossível, pois a observação sempre é guiada por uma pré-leitura ‘teórica’ da realidade por parte do observador-pesquisador”.

É importante ressaltar que na presente pesquisa a Teoria Fundamentada nos Dados não foi utilizada em seu sentido puro, ou seja, eminentemente indutiva. Como já exposto, a formulação do roteiro de entrevista foi elaborado a partir da observação dos processos da segunda fase da pesquisa. No entanto, o objetivo das entrevistas não se limitava a verificar as hipóteses preliminarmente construídas, mas sim e também, a descoberta de novas hipóteses e conclusões acerca das concepções dos atores jurídicos. Assim, a TDF se fez bastante viável como método para se verificar as hipóteses já existentes, e também como a descoberta de novos dados e formulações de novas hipóteses, que seriam dificilmente obtidas de maneira diversa.

Para se obter os dados a partir da observação pela TFD é necessário um processo de codificação sistemática, que parte de três etapas fundamentais: a codificação aberta, a codificação axial e a codificação seletiva.

A primeira etapa é a codificação aberta (STRAUSS & CORBIN in CAPPI, 2014), na qual são formulados conceitos sobre a realidade observada. Nesse estágio inicial qualquer elemento observado é passível de codificação. Em seguida, os conceitos formulados mais semelhantes podem ser reunidos em formas de categorias ou subcategorias. A formulação de categorias é importante porque são mais gerais que os conceitos e são enraizadas, revelando a aproximação com o dado empírico.

A codificação axial (STRAUSS & CORBIN in CAPPI, 2014), trata da confirmação das categorias previamente formadas na etapa anterior. Nesse momento há um processo de comparação entre as categorias abstraídas dos dados empíricos, suas propriedades e dimensões. Aqui busca-se a formulação de categorias mais consistentes, por meio de hipóteses que são sucessivamente testadas nos dados, buscando a maior estabilização.

E por fim, na codificação seletiva (STRAUSS & CORBIN in CAPPI, 2014), procede-se à integração da teoria em torno de uma categoria final ou uma narrativa central. É como se as categorias até então formuladas se condensassem formando uma teoria capaz de abranger todos os conceitos extraídos dos dados. A teoria produzida possui um número mais reduzido de conceitos porém uma maior abstração, podendo ser aplicada mais amplamente. A teoria encontra-se estabilizada quando novas observações não trazerem novos conceitos, mas sim apresentarem-se como exemplos da teoria, atingindo a saturação.

Assim foi formada a fonte de dados empíricos necessários para a pesquisa, para formulação e verificação de teorias que embasem os modos de pensar dos atores jurídicos feirenses.

### **3.DO PARADIGMA PENAL À INOVAÇÃO “ACIDENTAL”: A RACIONALIDADE PENAL MODERNA E A POSSÍVEL QUEBRA DE PARADIGMA COM A NOVA LEI DE DROGAS**

Nesse capítulo será apresentado um breve histórico da legislação sobre drogas no Brasil, do momento da sua primeira criminalização do uso até a edição da Lei nº 11.343/06 e os aspectos inerentes a ela. Será apresentado, também, o conceito da Racionalidade Penal Moderna (RPM) e as implicações inerentes a esse sistema de pensamento. Por fim, o capítulo propõe apresentar a nova lei de drogas, com seus aspectos ditos inovadores no que tange às penas, bem como o conceito e as etapas da inovação.

#### **3.1 BREVE HISTÓRICO DAS LEIS DE DROGAS NO BRASIL**

O Brasil, em 1603, já estabelecia como ilícita a conduta de ter substâncias consideradas tóxicas para a venda, prevista no Título LXXXIX do Livro V das Ordenações Filipinas. O texto da ordenação previa:

Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso. Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimao, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for Boticario examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza algumas das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e seja degredado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticarios.

Ou seja, já em 1603, aquele que vendesse ou ministrasse algumas das substâncias definidas no tipo penal, perderia toda a sua fazenda para a Camera e para o acusador, além de ser degredado para a África por tempo indeterminado.

Essa legislação durou até a edição do Código Penal de 1890, que passou a prever, em seu art. 159, a conduta de “expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorizaçãõ e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”. Para quem incidisse nesse tipo penal, seria cominada pena de multa de 200\$ a 500\$000.

Percebemos que, até 1890, não havia tipificação para o usuário de drogas, assim como não havia previsão de pena de prisão.

Tal quadro veio a mudar, no entanto, com a Consolidação das Leis Penais em 1932, que substituiu a expressão “substâncias venenosas” encontrada no Código de 1890, por “substâncias entorpecentes”. Tal legislação ampliou a quantidade de condutas proibidas e introduziu a pena privativa de liberdade de 01 (um) a 05 (cinco) anos a quem fornecesse tais substâncias (KARAM, 2015).

É importante ressaltar que no ano anterior à Consolidação das Leis Penais no Brasil, 1931, havia acontecido no plano internacional a Convenção de Genebra destinada a limitar a regulamentação e fabricação das drogas narcóticas (SOUZA, 2011). Estabeleceu-se nessa convenção para os estados participantes, providências para a proibição da disseminação do vício causado pelas chamadas substâncias entorpecentes. Essa Convenção foi precedida pela Primeira Conferência Internacional do Ópio, em 1912, a qual regulamentou determinadas substâncias como o ópio, a morfina e cocaína, e o Acordo de Genebra em 1925, que veio a tornar real os termos da Conferência de 1912.



Em 1940 foi editado o novo Código Penal brasileiro o qual tipificava, no art. 281, o comércio clandestino e a facilitação do uso das chamadas substâncias entorpecentes. Tal dispositivo previa a cominação de pena de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, mais multa. Em 1964 esta lei foi emendada, acrescentando-se o plantio das matérias primas para a fabricação da droga como crime, o qual incidia nas mesmas penas do tráfico. A seguir, veio o Decreto-lei 385/68 e deu nova redação ao art. 281 do código penal até então vigente, estabelecendo como crime a conduta do usuário de drogas, o qual passava a recair nas mesmas penas dos então considerados traficantes. Ou seja, foi sob a égide do regime ditatorial que o consumo de drogas passou a ser criminalizado, tornando-se tão grave quanto o tráfico (mesmas penas).

Em 1971, o presidente americano Richard Nixon recrudescu a política proibicionista internacional de drogas com a sua declaração “war on drugs” – guerras às drogas. Essa política, que se pauta nas ideias de ilegalidade e repressão do tráfico e do uso de drogas, e de abstinência do consumo (TRAD, 2009), foi incorporada por mais de 150 países pelo mundo<sup>50</sup>, inclusive pelo Brasil, com o intuito de reduzir a produção, fornecimento e o uso das drogas consideradas ilícitas.

Pode-se dizer que o caráter repressivo e aflagante dessa política legislativa é reflexo do pensamento penal dominante denominado de Racionalidade Penal Moderna<sup>51</sup> (RPM), teoria desenvolvida por Álvaro Pires e que privilegia a pena aflagante (privativa de liberdade e multa) em detrimento de qualquer outra.

Assim, coadunando a política repressora da guerras às drogas e a forma de pensamento penal dominante, no ano de 1971, “anos de chumbo” da ditadura militar brasileira, foi aprovada a primeira legislação sobre drogas, a Lei nº 5.726/71.

Essa legislação dispunha sobre o crime referente às drogas prevendo medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso das chamadas substâncias entorpecentes. Sob a perspectiva dessa lei, usuário e traficante continuaram recebendo o mesmo tratamento penal, e houve o aumento da pena máxima, sendo estes necessariamente encaminhados para o cárcere (01 a 06 anos de reclusão) caso não fossem absolvidos. Houve ainda a introdução da tipificação “quadrilha” para o crime de tráfico e a introdução do trancamento de matrícula para o estudante que fosse encontrado usando tais substâncias e a perda do

---

<sup>50</sup>Ending the war on Drugs: How to win the global drug policy debate. Transform Drug Policy Foundation. Mexico Unido contra la Delincuencia.

<sup>51</sup>Vide tópico 4.2.

cargo de diretores de estabelecimentos de ensino que deixassem de comunicar o fato delituoso às autoridades sanitárias (KARAM, 2015).

Percebe-se o recrudescimento penal, principalmente no que diz respeito ao caráter afliativo da pena. Com essa legislação, usuários e traficantes poderiam ser encaminhados ao cárcere entre 01 a 06 anos de reclusão. Além disso, para usuários que fossem estudantes, estaria previsto a obrigatoriedade do trancamento da matrícula. Ou seja, prevalecia o caráter meramente repressivo e retributivo da pena.

Ainda sob o amparo da Ditadura Militar Brasileira, foi aprovada em 1976 a Lei nº 6.368/76 que revogou a Lei nº 5.726/71. Com essa nova legislação foi possível identificar uma mudança significativa em relação à lei anterior: a conduta do usuário foi apartada à figura do traficante, incidindo estes em tipificações e penas diferentes. No entanto, ainda seguindo o modelo repressor e afliativo, as penas cominadas passaram a ser reclusão de 03 a 15 anos para o indivíduo considerado traficante, e detenção de 06 meses a 02 anos para os considerados usuários.

Essa legislação perdurou até 2002, quando foi editada a Lei nº 10.409/2002 que visava substituir a Lei nº 6.368/76. No entanto, a suposta nova legislação apresentava inúmeros vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas em seu projeto que foi vetado em sua parte penal, entrando em vigor apenas a parte processual (CAPEZ, 2006). Sendo assim, no que tange às penas, o tratamento continuou a ser o mesmo da lei anterior.

Percebe-se que houve um recrudescimento da pena de tráfico e um abrandamento da pena para usuário, no entanto ainda havia a previsão legal da prisão para ambos os casos e, quando condenados, os indivíduos necessariamente deveriam recolher-se à prisão para poder recorrer.

Somente em 2006, com a edição da Lei nº 11.343/06, veio a ser discutido um novo tratamento penal não encarcerador e não manicomial para os indivíduos considerados usuários. Embora esta lei intensifique a pena para os crimes de tráfico (reclusão de 05 a 15 anos), trouxe uma inovação ao estabelecer em um preceito secundário, penas diferentes da prisão e da multa, indo, ao menos em âmbito legislativo, de encontro ao paradigma estabelecido e ao pensamento penal dominante.

### 3.2 A RACIONALIDADE PENAL MODERNA

A Racionalidade Penal Moderna foi identificada como sistema de pensamento dominante que se desenvolveu em meados do século XVIII, relativo à justiça criminal. Foi

construída, em partes, pelas grandes teorias da pena<sup>52</sup> como as formuladas e finalizadas no decorrer dos séculos XVIII e XIX (MACHADO, p. 109).

Discorrer sobre esse sistema de pensamento e a dimensão cognitiva que subtende a estrutura normativa ou jurídica é importante pois nos leva, como bem aponta CAPPI (2017, p.196), “a perceber os elementos característicos do universo cognitivos do direito penal, que contribuíram e contribuem para a valorização e a legitimação das sanções afluivas, em particular a privação da liberdade”.

Assim, vamos primeiramente tecer algumas considerações sobre a evolução histórica desse sistema de pensamento para, posteriormente, explicar essa evolução à luz das teorias que o foram fundamentando.

Pires (1998, p. 15-18) aponta que há pelo menos três momentos estratégicos que conduzem à formação do direito penal contemporâneo como um sistema diferente do direito civil, são eles: os séculos XII, XVI e XVIII. tes do século XII, o dano de um indivíduo para com outro era considerado uma ofensa direta a este, havia uma vítima tangível e o insulto ao direito subjetivo de uma pessoa não era encarado como uma ofensa à lei ou à ordem (PIRES, 1998, 20-22). Nessa época, o sistema se caracterizava com princípios de vingança privada e autodefesa, havia a possibilidade de acordo entre os indivíduos, a reparação do dano à vítima e a reconciliação. Essas características foram se modificando com a transição dos séculos, o litígio passou a ser criminalizado e pudemos perceber a centralização lenta e progressiva do poder de governar e lutar pelo controle do judiciário.

Assim, entre os séculos XII e XVI, puderam ser identificados três tipos de jurisdição: a justiça senhorial, a justiça do rei e a justiça da igreja (ESMEIN, 1882:3 in PIRES, 1998, p. 23). Nesse período, as duas principais formas de obtenção de riqueza era por meio de guerra e por meio de assuntos judiciais (confisco, multa, taxas), o qual se tornou um poderoso meio de dominação, ocasionando a luta pelo controle judiciário (ESMEIN, 1882: 28-29 in PIRES, 1998, 23).

No caso do rei, também foi uma luta pela centralização do poder de governar. O desafio era encontrar maneiras de capturar a jurisdição dos tribunais, encontrar maneiras de julgar as disputas que ocorriam nas terras do senhor e no âmbito da cristandade e ao mesmo tempo encontrar justificativa para ser o beneficiário dos subprodutos econômicos e políticos da justiça (ESMEIN, 1882: 21 in PIRES, 1998, 24). A partir desse momento, foram

---

52i) teoria utilitarista da dissuasão (ou da correção moral pelo castigo e pela disciplina); ii) teoria retributiva ou expiatória; iii) teoria da readaptação (modelo médico) e da neutralização.

criadas gradativamente teorias nas quais estavam relacionadas a ideia de que o rei representava o interesse comum, bem como listas cada vez maiores de eventos contra particulares que “ofenderiam” também ao rei. Em síntese, Pires (1998, p. 26), trazendo as lições de Berman (1983: 192) afirma “que à medida que o poder imperial aumenta a partir do séc. XIII, os tipos de comportamento para o qual a punição do rei se torna aplicável é cada vez maior, assim como a gravidade das penas”.

O século XVI, por sua vez, foi um momento interessante para as transformações que ocorreram ao longo dos séc. XII a XVI. As jurisdições senhoriais e eclesiásticas praticamente desapareceram ou foram relegadas a segundo plano, os tribunais reais definitivamente assumiram o campo do direito penal. O direito das partes de chegar a um acordo foi definitivamente excluído – aparecimento da *inquisitio ex officio* ou ação pública -, e a figura do promotor judicial (que representava o rei soberano) se solidificou. A pacificação é substituída pela reparação de dano ao soberano, paga por meio de multa, confisco de bens e de penas corporais - as penas corporais, inicialmente destinadas aos escravos, serão generalizadas e aplicadas também aos homens livres que não tenham como cumprir as sanções pecuniárias (PIRES, 1998, p. 22 in REGINATO, 2014, p.114) -. O homicídio criminalizado também é um indicativo importante dessa transformação, pois não se tratava mais de “uma questão de promover a reconstrução do tecido social pela pacificação”, mas punir o homicídio como uma infração de ordem pública” (ROUSSEAU, 1996: 297 in PIRES, 1998, 28). O séc. XVI, dessa forma, abre caminho para uma justiça judicial hierárquica, cada vez mais imposta de cima, pelo soberano.

Assim, em meados do séc. XVIII, o sistema jurídico completa sua diferenciação do sistema político e a clivagem entre o direito civil e o direito penal se solidifica. Esse é o tempo forte de nascimento da racionalidade penal moderna que formado - ou ao menos renovado - pelas três grandes teorias da pena, substancia o direito penal como um sistema de justiça rígido, autônomo e fechado.

Álvaro Pires, em seus estudos, identifica que o tempo forte do nascimento da racionalidade penal moderna, no campo teórico, se deu na obra de Beccaria “Dos delitos e das penas” (1764) por ser este autor o primeiro a retratar, de forma mais forte e visível, os elementos desse sistema de pensamento (MACHADO, p. 110).

Na teoria dos fundamentos e limites do direito de punir, Beccaria defende que o ser humano vivia em um estado de natureza e eram independentes, isolados e livres, no entanto sujeitos a um estado de guerra constante. Assim, para gozar plenamente da sua liberdade, com segurança e tranquilidade, os indivíduos se juntaram e renunciaram a parte dessa liberdade, por meio do contrato social (BECCARIA, 1764 in MACHADO, 117). Dessa forma, a liberdade e a paz social era assegurada pelo poder legítimo que garantiria a proteção i) dos indivíduos em geral contra a agressão um do outro, ii) do agressor contra

a reação informal dos outros ou contra as exigências de aumentar a pena incessantemente e iii) do agressor contra os impulsos, paixões e usurpações emanadas do próprio poder.

Assim, nessa visão, leis, tribunais, sanções, são extremamente importantes para a vida em sociedade, pois é o que garantiria o gozo pleno da liberdade individual que não fora renunciada.

Com a teoria utilitarista clássica, Beccaria traz em seu texto a ideia da dissuasão geral e específica como objetivo da pena criminal. O objetivo da pena, aqui, seria o de impedir que o infrator cometesse outros crimes e que servisse de exemplo para que os demais indivíduos também não cometessem delitos. Assim, Pires identifica quatro princípios dentro dessa teoria (1998, p. 111, in MACHADO, 118).

O primeiro princípio identificado por Pires foi denominado de “princípio da racionalidade e da pena como obstáculo político”. Segundo ele, o conceito da teoria utilitarista acredita que a previsão da pena faz com que o indivíduo reflita antes de cometer um crime, estando ligada à “psicologia associacionista que sobreleva o efeito do obstáculo penal” (PIRES, 1998, 127 in MACHADO, 118).

O segundo princípio é intitulado “exclusão das medidas alternativas e da crítica ao perdão”. Para Beccaria, portanto, a reparação positiva seria insuficiente. O perdão, por sua vez, seria ou uma clemência estatal - a qual deveria ser excluída de uma legislação perfeita; ou uma benevolência da vítima - que não deve ter efeito válido sobre a justiça criminal. Assim, em síntese:

Na esfera penal, a teoria da pena de Beccaria: (i) opõe-se a todas as formas de desjudicialização ou de negociação entre as partes na resolução do litígio; (ii) atribui um papel secundário a vítima, que perde seu papel de transigir e de decidir; (iii) relega as sanções civis (indenização, advertência etc.), bem como o perdão, inclusive da vítima, ao rol de soluções incompletas, insatisfatórias, privadas ou arriscadas, até mesmo no que concerne aos delitos mais insignificantes. A punição (em sentido forte) toma-se a regra geral, e o exemplo, uma necessidade inexorável (MACHADO, ano: 119, PIRES, 1998: 130; BECCARIA, 1764, 29: 105).

O terceiro princípio identificado por Pires foi o da obrigação pragmática e a política de punir. Nesse princípio, o referido autor reconhece três argumentos básicos que sustentam o direito de punir, são eles: a certeza da pena criminal - a qual seria condição essencial para a eficácia e legitimidade da punição, mas não a sua severidade; a ideia do

legislador “brando, humano e indulgente” (BECCARIA, 1764, §46: 138 in MACHADO, 120) cujas leis e executores seria inexoráveis; e a aplicação da lei penal de acordo com o princípio da igualdade.

Aprofundando apenas no que tange ao primeiro argumento suscitado, é importante ressaltar a crítica que é elaborada por Pires à Beccaria. Ao defender em sua teoria a não severidade das penas, mas unicamente a certeza da punição, Beccaria “forja um distanciamento crítico em relação à doutrina da severidade do antigo sistema, e ao mesmo tempo não isenta a sua teoria de um forte princípio repressivo” (MACHADO, p. 120). Isto porque ao defender a certeza da pena como requisito essencial para a eficácia da punição, Beccaria elimina outras formas de resolução de conflito – não aflitivas - como resposta ao crime, tendo tal posicionamento um viés repressivo, diverso do proposto ao defender a não severidade das penas.

O quarto e último princípio identificado por Pires na obra de Beccaria é a “analogia à pena”. Nesta, a ideia da pena é ser uma cópia ou clone aproximado do delito, por exemplo, a pena de morte para um homicida. Assim, quanto mais próximo do delito, mais justa e útil seria a pena (MACHADO, p. 121).

Se na obra de Beccaria pudemos identificar o nascimento da racionalidade penal moderna, percebemos que Kant (1797) deu continuidade com o quadro da teoria retributivista ao sustentar que a pena é um imperativo categórico (MACHADO, p.123).

Segundo a teoria retributivista, o crime é compreendido como uma ofensa à moralidade ou à justiça suprema. O poder de punir está fundamentado numa espécie de obrigação moral e é, ao mesmo tempo, direito/autorização para punir e direito/dever de punir (GARCIA, 2009,115 APUD in REGINATO, 2014, p. 115). A vítima é relegada a um papel secundário, instrumental – de produção de provas - e o Estado, como autoridade hierárquica, assume o papel de reestabelecer a ordem através do sofrimento do culpado (CAPPI, 2017, p.198). A possibilidade de perdão é afastada porque deixaria intacta a desordem causada ao passo que o castigo seria capaz de restabelecer a ordem e a retidão do universo (BERMAN, 1983 in PIRES, 1998, in REGINATO, 2014, p. 117).

Na teoria de Kant, a pena é um imperativo categórico que deve ser aplicado, pois o castigo justifica-se simplesmente porque o indivíduo, se é culpado, merece ser punido (ANITUA, 2007, p.192 APUD in REGINATO, 2014, 115). A punição é a única forma de apagar o mal e restabelecer a justiça. A ideia de retribuição de um mal por um mal causado fica bem presente e marcante nesta teoria.

Assim, com o advento dessas teorias da pena, a noção de “autorização de punir” passa a ter uma conotação de dever, tornando-se uma “autorização-comando hierárquico carente da possibilidade de privilegiar uma alternativa” (PIRES, 1998: 217). O caráter

obrigatório da punição por meio da aflição emerge a partir do momento em que o saber filosófico e jurídico, por meio das teorias da pena, erige uma 'razão punitiva' a qual projeta uma imagem que a pena é devida (MACHADO, p.123).

Dessa forma Pires (2004) identifica, no sentido empírico-descritivo, que através da racionalidade penal moderna o sistema de pensamento penal é visto a partir de uma estrutura telescópica. O preceito primário (crime) é definido juntamente e condicionalmente ao preceito secundário (pena), sendo este necessariamente constituído por uma imposição aflitiva, que cause algum sofrimento ao infrator, como forma de retribuição ao mal por ele causado (pelo descumprimento da norma penal).

Assim, no pensamento penal da RPM, a única resposta estatal para o indivíduo que pratica alguma conduta tipificada como crime é a imposição de um mal, um sofrimento, correspondente ao suposto mal por ele cometido. Para Pires (2004), esse sistema de pensamento projeta uma autoimagem essencialmente punitiva e aflitiva, e tem como consequência a aplicação de normas de modo hostil, pois o transgressor é visto como inimigo; abstrato – em resposta a um mal concreto (crime) busca-se um bem imaterial (justiça, moralidade, dissuasão); negativo – exclui outras formas de sanção se não a aflitiva-, e atomista, porque a pena não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas, a não ser de forma secundária e acessória.

Álvaro Pires (2004) aponta também que um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal, qual seja, a punição através pelo sofrimento.

Dessa forma, o citado autor identifica e examina três problemas da estrutura telescópica e da valorização da aflição como resposta penal, são eles:

**a)** A definição do crime (todo) pela parte (pena). Assim, na estrutura desse pensamento, a definição de crime está imbricada com a definição de pena, sendo esta necessariamente aflitiva. Desta forma, um conceito não pode ser pensando sem o outro. Pires (2004) chama atenção para esta estrutura de sinédoque, fazendo alusão à figura de linguagem, ou seja, a definição da parte (pena) pelo todo (crime). Nas palavras do autor (2004, p.41) "A combinação entre a estrutura normativa telescópica e essa linha de pensamento que valoriza a pena aflitiva dará a impressão de que a norma de comportamento e a pena aflitiva formam um todo inseparável, o que suscitará uma série de problemas e deslocamentos de sentido". Um exemplo empírico disso na legislação brasileira é o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal que aduz justamente que crime

é a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção. Ou seja, o crime só é assim definido pela pena de detenção ou reclusão que lhe é imposta.

b) “A ilusão de simplicidade quanto ao trabalho do legislador e do juiz no momento da escolha da sanção”. Assim, a estrutura desse pensamento faz crer que esses atores devem privilegiar a pena afliativa em detrimento de qualquer outra por entenderem que apenas ela seria uma resposta penal eficaz frente ao cometimento de um crime. A resposta, portanto, parece evidente, negligenciando as particularidades do caso concreto e os sentimentos e singularidades das pessoas.

c) Por fim, o terceiro problema identificado por Pires se percebe na combinação entre o crime e a pena que engendrará uma necessidade e identidade em relação a uma e outra. Esta relação pode ser visualizada sob dois aspectos. O primeiro consiste na obrigação da associação entre norma de comportamento e norma de sanção, como se não pudessem se desassociar. O segundo aspecto consiste na identidade, necessariamente negativa, entre a conduta ilícita e a resposta penal. Ou seja, “como o crime é visto como um mal (de ação), a pena também deve ser visto como um mal (de reação)” (2004).

Dessa forma, a estrutura desse pensamento penal e a forma como se apresenta e se solidifica na sociedade, é um empecilho para se pensar e aplicar diferentes respostas penais. A maneira como a racionalidade penal moderna se solidificou como sistema de pensamento rígido, autônomo e fechado, cria obstáculos para se pensar formas diversas de resolução de conflito no âmbito penal – se não pela pena afliativa – tanto por aqueles que criam as leis (sistema político), como para aqueles que às aplicam (sistema de direito).

No entanto, em 2006, a Lei 11.343/2006 - nova lei de drogas – trouxe uma nova forma de punição como resposta a uma conduta criminalizada, diferente da consolidada pena privativa de liberdade. Dessa forma, propomos estudar a maneira como essa novidade foi recebida pelo sistema de direito feirense, bem como lidam alguns atores com essa nova perspectiva penal.

### 3.3 A NOVA LEI DE DROGAS E A (POSSÍVEL) QUEBRA DE PARADIGMA

A política legislativa sobre drogas no Brasil, até o ano de 2006, estabelecia como medida central para a repressão do uso, penas eminentemente privativas de liberdade como sanção ao indivíduo que fosse pego portando para consumo próprio alguma substância considerada ilícita.



Em 2006, a Lei nº 11.343/2006, conhecida como Nova Lei de Drogas, revogou as leis 10.409/2002 e 6.368/76. Prescreveu, em contrapartida às leis anteriores, aos usuários de drogas ou qualquer indivíduo que cometesse alguma das figuras típicas previstas no caput do art. 28 (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo para consumo pessoal drogas consideradas ilícitas) as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas de comparecimento a cursos e programas educativos. Em outras palavras, as penas que o art. 28 estabeleceu “fogem” do caráter aflagrante que até então a legislação sobre drogas estabelecia para os usuários, pois em nenhuma hipótese estes podem ser privados de liberdade. Tais penas apresentam-se, portanto, como alternativas à prisão e à multa e foram vistas como uma inovação penal.

Para compreendermos o que seria essa inovação penal, é importante tecermos alguns apontamentos sobre o conceito e as etapas da inovação.

### **3.3.1 Conceito e etapas da inovação penal**

Antes de adentrarmos na discussão sobre a dita inovação penal na lei de drogas, é importante abrir um parêntese para explicar, de forma sucinta, o conceito e as etapas da inovação penal.

O conceito de inovação que aqui trazemos é extraído, em sua essência, de CAPPI (2017, p. 212:218) e PIRES (2011, p. 305:311). Cappi indica como referencial inicial da inovação a racionalidade penal moderna a partir de CAUCHIE; KAMINSKI 2007<sup>a</sup>, 2007b; CAUCHIE, 2005; KAMINSKI, 2010; PIRES 1998, 2002, 2004, 2006. A inovação penal considera uma modificação quanto ao pensamento dominante da RPM, “a mudança é tida como inovadora na medida em que promove outra coisa do que a racionalidade aguerrida – hostil, abstrata, negativa e atomista –, cristalizada no sistema, desde o final do século XVIII (PIRES, CELLARD, PELLETIER, 2001 APUD CAPPI, 2017).

Assim, ao promover uma mudança que foge do paradigma dominante e sedimentado da racionalidade penal moderna, podemos dizer que essa mudança pode ser inovadora. Ou seja, se uma lei, se um tribunal ou mesmo (em sentido local) uma decisão judicial ou parecer ministerial trazerem em seu corpo uma disposição/encaminhamento diferente das penas aflagrantes, como a prisão e a multa, para condutas criminalizadas, podemos dizer que houve uma novidade penal. No entanto há diferentes níveis de estruturas e estruturas com diferentes graus de consistência (PIRES, 2011, p. 305) para essa inovação.

Pires (2011) traz que as estruturas mais exigentes são os sistemas de pensamento centrais dos sistemas sociais por terem uma mais forte condensação de

sentido, durar mais no tempo, terem maior capacidade de resistência à perturbação e por se situarem não apenas no plano de interação. Para explicar o sentido das estruturas, o autor traz alguns cenários de exemplos concretos.

O primeiro cenário é composto de um juiz que, em sentença, aplica uma pena de advertência ao invés de uma pena de prisão. Nesta situação, o promotor recorre e a sentença é reformada pelo tribunal. Assim, nesse primeiro cenário, a reprodução normal (da RPM) rejeita uma reprodução inovadora que aconteceu.

No segundo cenário, supõe o autor que aquele mesmo promotor propõe a pena de advertência, não oferecendo recurso na sequência, prevalecendo a sentença. Esse exemplo é consagrado por outros juízes e promotores no plano local, chegando inclusive em segunda instância, sendo alguns mantidos e outros não, tomando forma de uma reprodução normal (diferente da RPM). Esclarece Pires, no entanto, que nessa perspectiva, a duração desse cenário é incerta, a generalização e visibilidade são fracas, a capacidade de resistência à perturbações e a densidade cognitiva das comunicações são igualmente frágeis. Ou seja, não há uma mudança efetiva no conceito de pena, na legislação referente àquele crime, apenas uma aplicação inovadora no âmbito local, da qual não se consegue mensurar quanto tempo resistirá.

Dessa forma, a inovação deve ser feita em outras estruturas, em diferentes níveis. Deve ser revista pela doutrina, jurisprudência e aceita, pelo sistema político – criação/alteração de leis com caráter inovador –, e pelo sistema de direito – estrutura cognitiva e reflexiva do sistema. Para se fazer consistente, portanto, a inovação deve atingir a três etapas, que serão posterior e brevemente explicadas.

Para tanto, Pires nos chama atenção de que uma novidade puramente no campo legislativo, como acontece na lei de drogas, tem uma estrutura mais visível, talvez mais durável, porém possui uma densidade cognitiva bastante frágil e sem capacidade de resistência. Em outras palavras, a lei não explicita o sistema de pensamento, as diversas intencionalidades e motivações dos atores que irão interpretá-la e aplicá-la. Assim, “essa mudança só vai adquirir uma capacidade de resistência se ela conseguir suscitar uma reflexão teórica interna ao sistema que, por sua vez, seja também inovadora (desfazer obstáculos epistemológicos e reconstruir os conceitos e as teorias)”.

Dessa forma, como uma síntese ao exposto, CAPPI (2017, p. 215:2018) traz as três etapas da inovação, são elas: complexificação, a seleção e a estabilização.

A complexificação diz respeito ao primeiro cenário apresentado por Pires, visto acima. “É a constatação de uma multiplicação das fontes cognitivas e normativas” (CAUCHIE, 2005, p. 401 APUD CAPPI) disponíveis no âmbito da penalidade. Ou seja, são

representações isoladas de eventos inovadores, mas que não são suficientes para invocar em profundidade uma inovação.

A seleção, nas palavras de Cappi, é um passo importante no sentido da consolidação da inovação. Ela acontece quando uma ideia, uma norma ou uma prática nova é adotada pelo programa normativo: podemos dizer que é o que ocorre com as penas alternativas do art. 28 da lei de drogas.

E, por fim, a estabilização ocorre quando a inovação é adotada no plano cognitivo e reflexivo até promover uma modificação da própria identidade, a ponto de ser integrado nas operações futuras do sistema e reconhecido como seu (DUBÉ, 2004). Trata-se, portanto, do momento de consolidação da inovação penal.

### **3.3.2 A inovação na lei de drogas**

No âmbito na nova lei de drogas, Álvaro Pires e Jean-François Cauchie (2011) aduzem que houve uma novidade, que eles chamam de inovação “acidental” em matéria de penas. Isto porque a nova lei surge em contramão ao paradigma dominante da racionalidade penal moderna, acostumado com penas que impunham alguma forma de dor. Nas palavras dos citados autores (2011, p. 305), “uma ‘ação inovadora’ (ou um acontecimento inovador) é aquela que modifica uma estrutura, que produz uma reprodução inovadora da estrutura de referência”. Pensa-se, portanto, uma nova forma de lidar com o indivíduo considerado infrator.

Marcelo da Silveira Campos (2015, p. 104) aduz que é possível falar de uma inovação legislativa no que diz respeito à exclusão da pena de prisão e de multa. Nas palavras do citado autor “esta inovação, que se situa apenas no plano legislativo, produz implicações e impactos especial nas estruturas (normativa e cognitiva) do sistema de justiça criminal”. No entanto, como já foi ressaltado na seção acima, a inovação puramente legislativa não vincula a atuação do sistema de direito – atores da justiça criminal, devendo-se atentar para as etapas da inovação.

Desta forma, as penas do art. 28 da Lei foram e ainda são objeto de grande discussão e divergência na doutrina e jurisprudência. Logo após o sancionamento da lei houve o questionamento sobre a despenalização ou não na conduta de posse de drogas para consumo pessoal. O próprio STF<sup>53</sup> ratificou o posicionamento de que com a lei houve

---

53(STF - RE: 430105 RJ, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: Dje-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB V. 19, N. 523, 2007, P. 17-21 RT V. 96, N. 863, 2007, p. 516-523. O presente Recurso

uma verdadeira despenalização da conduta do art. 28, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

De maneira semelhante posiciona-se o STJ<sup>54</sup>. Em julgados recentes a corte possui o entendimento de que houve uma despenalização do crime do art. 28 da Lei de drogas, estando mantido, no entanto, o status criminal da conduta.

Alguns doutrinadores, ainda, questionaram ter havido descriminalização das condutas tipificadas pelo art. 28. Essas medidas foram classificadas por aqueles como condutas *sui generis* (GOMES, et al, 2006, p. 5) pois não seriam nem crime nem contravenção, baseado no art. 1º da LICPB que considera crime infração penal que comine pena de reclusão ou detenção, que não é o caso das penas do art. 28.

Essas visões e posicionamentos de diversos autores e mesmo dos tribunais são justamente fruto do pensamento penal dominante que não considera as penas do artigo 28 como verdadeiras penas, tendo em vista que não prevê o encaminhamento às prisões, manicômios judiciais ou a imposição da multa, questionando, portanto, a validade das penas alternativas ou que não produzam aflição.

Embora previsto em lei, a aplicação do dispositivo legal depende, em regra, da interpretação dos atores jurídicos envolvidos - que se baseiam, além da lei, na doutrina, jurisprudência e nas teorias da pena e do direito. São as chamadas estruturas cognitivas ou de reflexão (PIRES, 2011, p. 309).

---

foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sob o argumento da extinção da punibilidade do fato baseado no art. 107, III do CP - que pugna pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso, ensejando ter havida a descriminalização da conduta do art. 28 da Lei de Drogas. Buscando julgar o caso e sanar divergência doutrinária existente no tocante à abolição criminal da conduta do usuário de drogas, O STF se posicionou afirmando que não havia o que se falar em *abolitio criminis* da conduta descrita no art. 28 da Lei 11.3143/06, mas sim da despenalização da conduta do usuário. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DESPENALIZA%C7%C3O+LEI+DE+DROGAS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapp3w3t>> Acesso em 31 de jul 2017.

54Cf "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, embora tenha havido a despenalização do porte de drogas para consumo próprio com o advento da Lei n. 11.343/2006, a conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 permanece criminalizada, razão pela qual a existência de condenação transitada em julgado por tal delito afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pela falta do preenchimento dos requisitos legais (réu não reincidente) Processo AgRg no REsp 1608398 / RS AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2016/0164629-7 Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS (1181) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento: 01/12/2016. Data da Publicação/Fonte. DJe 07/12/2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=despenaliza%E7%E3o+lei+de+drogas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 31 de jul 2017.

Pires e Cauchie (2011) aduzem que quando a mudança ocorre no plano cognitivo há o questionamento das estruturas dominantes. Doutrina e teorias do direito reveem de forma autocrítica as posições precedentes e encontram respostas aos argumentos que embasam(vam) a reprodução até então vigente. Há, nesses casos, a modificação central do conceito da pena. Correlacionando com a seção anterior, se atingiria a etapa de estabilização.

Como já explicitado, o mesmo não acontece com a mudança puramente legislativa. Em outras palavras, mesmo que seja mais visível e, até mesmo mais durável, a mudança puramente legislativa - como ocorreu na edição da Lei nº 11.343/2006 para a figura do usuário - possui uma densidade cognitiva frágil e com pouca capacidade de resistência. Álvaro Pires e Jean-François Cauchie (2011, p. 309) aduzem que “essa mudança só vai adquirir uma capacidade de resistência se conseguir suscitar uma reflexão teórica interna ao sistema que, por sua vez, seja também inovadora”.

Essa pesquisa se desenvolveu para observar como se dá a estrutura cognitiva do sistema de pensamento dos atores envolvidos com a aplicação do art. 28 da lei de drogas em Feira de Santana. Buscamos saber através das concepções dos Juízes e Promotores ligados às Varas dos Sistemas dos Juizados em Feira de Santana sobre o instituto da Nova Lei de Drogas, o que eles entendem sobre a função das medidas e penas alternativas e como eles aplicam esses dispositivos legais na cidade.

Ressalta-se que a aplicação da lei aqui não deve ser entendida no sentido mecânico, como efeito de causa e consequência, mas como uma aplicação da legislação, comparando a lei específica de drogas a outras leis. Ou seja, a força de influência da mudança legislativa da lei de drogas nas demais legislações criminais.

Assim, buscando entender como lidam os atores jurídicos que atuam no âmbito da aplicação do art. 28 em Feira de Santana com as penas alternativas, essa pesquisa se desenvolveu. Como já ressaltado, o objetivo não é meramente entender como é aplicado o dispositivo na cidade, mas principalmente como os atores pensam a agem a partir de então com o dispositivo e a possibilidade desta ‘inovação’ se estabilizar nessa e em outras legislações.

#### **4.OS PROCESSOS DO CRIME DO ART. 28: ASPECTOS QUANTITATIVOS**

A opção por uma pesquisa de caráter misto (quali-quant) se deu pela possibilidade de analisar mais detalhadamente as práticas penais dos atores envolvidos no enfrentamento do crime do art. 28 da Lei de Drogas. Assim, nesse primeiro momento, foi

possível visualizar como os atores atuavam e de que forma o processo se desenvolvia – se de acordo com o estabelecido legislativamente ou não.

Essa primeira parte foi muito importante não só para nos situar na pesquisa e obter dados relevantes quanto à atuação dos atores, mas também, a partir das percepções que tivemos, nos permitiu, posteriormente, verificar e comparar a prática dos atores (pelos processos) com a visão que eles possuem dessa atuação (através das posteriores entrevistas).

Desta forma, vamos trazer primeiramente o modo como a pesquisa quantitativa foi desenvolvida e descrever os dados e as percepções que obtivemos.

#### 4.1 A CONSTITUIÇÃO DA AMOSTRA

Para iniciarmos a pesquisa foi necessário criar uma amostra para a coleta de dados.

Em um momento inicial, pensamos em estabelecer como objeto de pesquisa os termos das audiências dos processos que tramitaram em outubro de 2006 a outubro de 2015, considerando o mês e ano de entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006 até o ano que a pesquisa se iniciou. No entanto, em virtude da impossibilidade de ter acesso aos processos físicos<sup>55</sup>, foi elaborada uma nova proposta de amostra, a partir dos processos digitais, que vão de 2011 até 2015.

É importante mencionar que pela Lei nº 11.343/2006 o procedimento seguido nos crimes referentes ao “usuário de drogas” é o do Juizado Especial Criminal – Jecrim, de acordo com a Lei 9.099/9556.

Em consulta processual realizada em 28 de outubro de 2015, a 1ª Vara do Sistema dos Juizados possuía 718 processos digitais; a 2ª Vara tinha 531 processos e a 3ª Vara, 619 processos. Do total de 1.868 processos foi elaborada uma amostra sob os seguintes critérios:

- **Período** - de fevereiro a abril dos anos de 2013 a 2015. A escolha dos meses foi feita de acordo com o período de maior incidência de Termos Circunstanciados (TCO) – os quais são lavrados no momento em que o

---

<sup>55</sup> Em visita preliminar às secretarias das varas, a pesquisadora foi informada os processos de 2006 a 2011 haviam sido arquivados e mandados para Salvador e outros estariam arquivados na antiga sede, sendo impossível o acesso.

<sup>56</sup> Na Comarca de Feira de Santana houve uma mudança de nomenclatura em razão da unificação e redistribuição dos Juizados, transformando-se em 1ª, 2ª e 3ª Vara do Sistema dos Juizados conforme a Resolução nº 19 TJ/BA.

indivíduo é encaminhado para a delegacia e compromete-se a comparecer ao Jecrim – tendo em vista as festas do carnaval, geralmente em fevereiro ou março, e da micareta – festa popular da cidade - em abril. O lapso temporal dos anos foi baseado do ano de unificação das varas (2013) para frente (até 2015), em que seria possível identificar a postura de cada um dos juízes nas decisões.

- **Número de processos** - A amostra passou a ter um total de 319 processos, sendo que deles 155 processos eram da 1ª Vara do Sistema dos Juizados, 86 processos da 2ª e 78 processo na 3ª Vara. Como nem todos os 319 processos tinham tido desfecho, a pesquisadora passou a considerar apenas os processos com algum desfecho, fosse esse:

- 1.1. a proposta de transação penal, mesmo que ainda não tivesse homologada;
- 1.2. sentença de homologação;
- 1.3. sentença de prescrição;
- 1.4. decisão que remetesse o processo ao juízo comum; ou
- 1.5. a denúncia.

Restaram assim 123 processos para a 1ª Vara, 34 processos da 2ª Vara e 50 processos da 3ª Vara, num total de 207 processos. Todavia, considerando o princípio constitucional da individualização da pena, foram levados em conta as características individuais de cada autor, e não apenas o processo em si. Como alguns processos possuíam mais de um autor a amostra se ampliou, passando a ser de 242 (duzentos e quarenta e dois) autores para 207 (duzentos e sete) processos.

Para ter acesso aos processos, a pesquisadora fez uma apresentação formal frente às secretarias de cada uma das varas do sistema dos juizados e à juíza coordenadora das Varas dos Sistemas dos Juizados em Feira de Santana. Foi apresentada uma carta-formal de apresentação, na qual descrevia o conteúdo e a finalidade da pesquisa, comprometendo-se a manter o sigilo das identidades dos autores do processo. Assim, foi disponibilizado pelas varas um usuário e senha para acesso aos processos digitais no sistema Projudi.

A partir dos processos colhidos foi elaborada uma tabela-geral<sup>57</sup>, na qual constam inicialmente as seguintes variáveis: **Informação Geral**: vara, número do processo; **TCO**: local de apreensão, gênero do autor, cor do autor, profissão, grau de escolaridade, quantidade de droga e forma de acondicionamento, tipo de droga; **Laudos**: quantidade de droga, forma de acondicionamento, tipo de droga; **Data**: do delito e da distribuição do termo para a vara; **Audiência preliminar**: se aconteceu, data, comparecimento do autor e do Ministério Público; se houve necessidade de outra audiência; **Transação Penal**: se foi oferecida em parecer ou em audiência, qual a proposta oferecida, se foi aceita pelo autor, se foi homologada; se houve extinção de punibilidade por outro motivo; **Desfecho do processo**: se foi extinto por cumprimento da Transação Penal, se prescreveu, se foi remetido ao juízo comum; e por fim foi designado um espaço “**outros**” para o preenchimento de informações não previstas.

Essas variáveis foram definidas com o escopo de orientar a pesquisa em suas análises posteriores, a partir delas foi possível fazer uma combinação de variáveis que resultaram em tabelas e gráficos para a análise, o que nos fez chegar aos resultados.

Como já dito, em um momento inicial pensamos em fazer a pesquisa apenas com os termos das audiências, acreditando que estes seriam suficientes para revelar a atuação dos atores no processo. No entanto, percebemos que a ampliação do estudo dos processos se fazia necessária e foi crucial para identificar se umas variáveis influenciavam em outras (a exemplo, se as características do autor e das drogas influenciariam ou não a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público e na Homologação pelos Juízes) o como os atores lidavam com a questão do processo no crime em questão.

#### **4.2 A ANÁLISE DOS PROCESSOS DO CRIME DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS E A ATUAÇÃO DOS JUÍZES E PROMOTORES FEIRENSES**

Como já mencionado, para a presente pesquisa foram estudados 207 processos com 242 autores do fato de acordo com a definição das variáveis descritas acima.

Optamos por fazer uma análise detalhada do processo, com a observação desde os termos circunstanciados até o desfecho do processo.

No termo circunstanciado observamos as seguintes variáveis: local de apreensão, gênero, cor, grau de escolaridade, e o tipo de droga apreendida.

Dos 242 autores, 135 foram encontrados em via pública, 96 foram encontrados no circuito da micareta, 8 foram encontrados na residência do autor, 2 em bares e 1 no

---

<sup>57</sup>Vide Anexo I.



presídio.

Sob uma perspectiva geral – de todos os processos, independente das varas onde tramitavam -, tem-se que a maioria dos autores é do sexo masculino (96%), de cor parda (59%) e possui pelo menos ensino fundamental (60%). Como mostram as tabelas 1, 2 e 3:

**TABELA 1 - GÊNERO DO AUTOR DO FATO**



Fonte: coleta de dados da pesquisa

**TABELA 2 - COR DO AUTOR DO FATO**



Fonte: coleta de dados da pesquisa.

**TABELA 3 - GRAU DE ESCOLARIDADE DO AUTOR DO FATO**



Fonte: coleta de dados da pesquisa

No que tange ao tipo de droga foi feito o referencial a partir das drogas constantes nos laudos periciais, momento em que é comprovada ou não a constatação da droga. Somente em 2% (n=5) dos casos (n=242) não havia laudo pericial para a

constatação da droga.

**TABELA 4 - TIPO DE DROGA**

Cannabis		
Inalantes voláteis.		

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Pela Tabela 4 pode-se notar que a droga mais incidente é a *Cannabis sativa* (38%), seguida da cocaína (35%) e do crack (09%). Os inalantes voláteis (conhecido vulgarmente como lança perfume) e a associação com outros tipos de drogas possuem menor incidência.

Ao se observar o oferecimento da proposta da Transação Penal no Processo é importante pontuar uma questão: identificamos dois momentos. O primeiro momento da proposta é feito no início, quando o processo é encaminhado para as varas, ou seja, já chega na vara com a proposta da transação penal. O segundo momento, por sua vez, é na audiência, se acontecer - esse ponto será melhor tratado e esclarecido mais adiante.

Quanto ao tipo de Transação Penal oferecida pelo Ministério Público nos pareceu que cada promotor possui uma proposta pré-definida ou pelo menos privilegiada. Mesmo com a diversidade penal que os incisos do art. 28 da Lei 11.343/06 podem oferecer - isolados ou cumulativamente (art. 28, I; art. 28, II; art. 28, III; art. 28, I e II; art. 28, I e III; art. 28, II e III; art. 28, I, II e III) -, de maneira geral, os membros do *parquet* oferecem as seguintes medidas:

**TABELA 5 - TIPO DE TRANSAÇÃO PENAL OFERECIDA PELA MINISTÉRIO PÚBLICO**


Fonte: coleta de dados da pesquisa

Pelos dados da tabela 5 percebe-se que a pena mais oferecida é a do art. 28, III (42%); seguida da pena do art. 28, II ou pena pecuniária (41%) e da aplicação cumulada dos incisos II e III (10%). Por uma rápida análise dos dados dessa tabela poderia se inferir que o Ministério Público tem uma maior tendência a oferecer como transação penal a medida de comparecimento a cursos e programas educativos, seguida da prestação de serviços à comunidade. No entanto, por uma análise mais detida dos dados (tabela 6), percebe-se que é possível que cada promotor tenha um “perfil” de pena, tendendo a propô-la como transação penal<sup>58</sup>. Assim, as penas do art. 28, III e do art. 28, II ou Pena Pecuniária são as penas dos perfis dos promotores A e D, que foram os que mais atuaram nos processos:

**TABELA 6 - TIPO DE TRANSAÇÃO PENAL OFERECIDA POR PROMOTOR**

		103
B	14 autores - art. 28, I, II, III	14
C	25 autores - art. 28 II <sup>***</sup> ou	
D	98 autores - art. 28, II <sup>*****</sup> ou	
não consta  TP		2

<sup>58</sup>A Transação Penal é medida alternativa que impede a imposição de pena privativa de liberdade através de sentença condenatória, no entanto constitui sanção penal, sendo uma aplicação imediata da pena, uma antecipação de punição (SALIBA, 2007).

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Retomando ao ponto das transações penais, é importante frisar que, no tocante ao rito seguido pela lei de drogas e ao comparecimento das partes na audiência, a Lei nº 11.343/2006 determina, para o usuário, o tratamento conferido pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099). De acordo com o procedimento desta lei (art. 72) é designada a audiência preliminar na qual, presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, é esclarecida pelo juiz a possibilidade de aceitação da proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade (transação penal) - neste caso as penas do art. 28, I, II, III -, expedindo-se o termo de audiência.

Embora a previsão legal acima descrita, observamos na amostra que 43% das TP foram oferecidas em parecer, e os 57% restantes não foram oferecidas devido a não ocorrência de audiência (56%) ou porque a TP não chegou a ser oferecida (1%) (tabela 7). Foi detectado que o Ministério Público não compareceu a nenhuma audiência preliminar a qual o autor também tivesse comparecido<sup>59</sup>, vindo a estar presente em apenas 14 (n=242) audiências, nas quais o autor do fato não compareceu (tabela 8). Além disso, como já mencionado, foi observado que as propostas chegam às varas juntamente com os termos circunstanciados, em forma de parecer.

**TABELA 7 - MOMENTO DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL**

<b>TP: OFERECIMENTO EM AUDIÊNCIA</b>		
TP oferecida em parecer	103	43%
TP oferecida em audiência	0	0%
TP não	3	1%

<sup>59</sup>Para melhor compreensão, foi considerado pela pesquisadora, como critério para ocorrência ou não de audiência, apenas o comparecimento do autor, tendo em vista que o parecer ministerial da proposta de TP já constaria nos processos e, mesmo com a ausência do MP as audiências eram realizadas, o que não acontecia, por óbvio, com a ausência do autor do fato.

oferecida		
Não houve audiência	136	56%
<b>TOTAL</b>	<b>242</b>	<b>100 %</b>

Fonte: coleta de dados da pesquisa

**TABELA 8 - PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AUDIÊNCIA**


Fonte: coleta de dados da pesquisa

Parece-nos, com isso, que tal procedimento é utilizado para dar maior celeridade ao processo, por não necessitar da presença do *parquet*. No entanto, se assim o for, fere a intenção da negociação justa<sup>61</sup> da Transação Penal, tornando-a uma verdadeira imposição, na qual o autor se vê obrigado ou a aceitar a pena “oferecida”, ou a seguir com a instrução processual e ser denunciado.

A pesquisadora considerou ainda as formas de desfecho do processo. Observou-se que, de maneira geral, a forma de finalização processual mais recorrente é

<sup>60</sup> Como a pesquisadora inicialmente optou por considerar os processos a partir dos autores do fato, considera-se aqui o número de audiências por autor do fato. No entanto é cediço que em um mesmo processo pode haver mais de um réu e em consequência a audiência seria a mesma, então o Ministério Público compareceu a 12 audiências às quais os autores dos fatos não compareceram.

<sup>61</sup> Damásio de Jesus elucida que a transação penal é um negócio entre o Ministério Público e a Defesa, possibilitando-se ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autor do fato, justa para a acusação e para a defesa. (JESUS, Damásio Evangelista. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. São Paulo, 1995, p. 62. In: BREGA FILHO, V., et al. orgs, A Nova Lei de tóxicos: Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 16, 2007, p.20).

pela prescrição (31%), seguida da homologação da Transação Penal<sup>62</sup> (29%) e da denúncia<sup>63</sup> (16%). No entanto, grande parte dos processos estariam sem informação (s/i)<sup>64</sup> (11%) por não terem ainda chegado nessa fase processual. Há também aqueles que, embora com a Transação Penal homologada, vieram a prescrever (5%).

**TABELA 9 - FORMA DE DESFECHO PARA O PROCESSO**



Fonte: coleta de dados da pesquisa

Como a pesquisa objetiva conhecer como lidam os juízes e promotores envolvidos com a aplicação das penas do art. 28 da Lei de drogas com as penas alternativas, foi importante observar, de maneira particularizada – para cada vara do sistema dos juizados – cada variável acima descrita.

De modo a condensar as elucidações, suprimiu-se as implicações das características físicas e sociais dos autores do fato e das drogas em cada Vara, tendo em vista que, como exposto acima, parecem não influenciar na escolha da transação penal e na homologação pelo juiz, motivo pelo qual foi posta a verificação nas entrevistas. Da mesma forma, dispensou-se a observação pormenorizada do momento do oferecimento da Transação Penal (se em parecer ou em audiência); e a presença do Ministério Público na audiência e do tipo de transação penal oferecida pelo MP.

Importante destacar que, pelo princípio da unicidade e indivisibilidade que

<sup>62</sup>Considerou-se a homologação da transação penal como desfecho do processo por uma questão de tempo de pesquisa, isto porque grande parte dos processos, por serem mais recentes, não estavam tão avançados a ponto de possuir sentença extintiva de punibilidade pelo cumprimento de transação penal. No entanto, ressalva-se aqui que o processo só se finaliza com sentença extintiva de punibilidade por prescrição ou por cumprimento da TP, ou por sentença condenatória. Tanto que alguns processos da amostra da pesquisa possuem transação penal homologada e sentença de prescrição ao mesmo tempo.

<sup>63</sup>Mesma justificativa da nota 23, com fundamentação referente à denúncia.

<sup>64</sup>Os casos S/I dizem respeito aos processos em que houve audiência (precedida por conciliador ou juiz leigo) com o oferecimento da proposta da TP, mas que ainda não foram homologadas pelo Juiz.

regem o Ministério Público, todos os quatro promotores atuaram em processos tanto da 1ª, da 2ª e da 3ª vara.

Quando observada a quantidade de ocorrência das audiências, percebemos que, na 1ª Vara, o número de audiências que não ocorreram (68%) é superior ao número que ocorreram (32%). No entanto, tanto na 2ª, quanto na 3ª Vara, percebe-se que um maior número de audiências ocorreram (66%) e (61%), respectivamente, é de se notar, ainda, que a diferença é expressiva:

**TABELA 10 - REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS NAS VARAS**



Fonte: coleta de dados da pesquisa

Notamos que houve um número maior de audiências realizadas na 2ª e 3ª Varas do que na 1ª Vara. Percebemos, com isso, que há uma maneira diferente de condução do processo em cada uma das varas. Os motivos para isso, no entanto, não puderam ser analisados na pesquisa.

No que se refere ao desfecho do processo, temos que:

**TABELA 11 - FORMAS DE DESFECHO DO PROCESSO NAS VARAS**

<b>Decisão</b>			
<b>Prescrição +</b>			

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Na 1ª Vara a maioria dos processos prescreveu (47%), levando-se ainda em consideração que 7% dos processos, embora com a transação penal homologada, também prescreveram. Já na 2ª Vara do Sistema dos Juizados, percebemos que nenhum dos processos prescreveu, no entanto 32% deles está sem informação. O número de transações penais homologadas é de (37%) e em 29% dos processos o MP denunciou. Percebe-se que, na 3ª Vara do Sistema dos Juizados, o número de prescrição de processos é menor do que os da 1ª Vara, e maiores do que os da 2ª, totalizando 11%. O número de transações penais homologadas também é o mais expressivo (39%):

A partir desses dados foi constatado que:

a) Critérios como tipo/quantidade de droga e circunstâncias sociais/raciais/de gênero parecem não influenciar a transação penal a ser oferecida pelo ministério público e homologada pelos juízes.

b) Na maioria dos processos não há participação do ministério público na audiência e as propostas de transação penal são feitas, em maioria, por parecer (manifestação escrita) antes mesmo da distribuição do processo nas varas.

c) Cada promotor oferece um tipo de pena e a frequência dessas na amostra aqui estudada está claramente relacionada à quem atuou no processo.

d) Em cada uma das varas os processos "caminham" de diferentes maneiras, o que ocasiona desfechos diferentes.

## **5.AS CONCEPÇÕES ATRAVÉS DAS ENTREVISTAS: OS MODOS DE PENSAR DOS JUIZES E PROMOTORES FEIRENSES EM MATÉRIA DO CRIME DE USO DE DROGAS**

A pesquisa até aqui, do ponto de vista metodológico, teve um caráter mais quantitativo e descritivo. No primeiro momento da pesquisa, nos ativemos aos dados observáveis nos processos de porte de drogas para consumo pessoal, descrevendo os dados relevantes os quais nos permitiram algumas percepções e constatações.

A partir de agora, caminhamos para a parte qualitativa. Serão apresentados os modos como foram realizadas as entrevistas, a maneira como foram obtidas as informações e as ideias que puderam ser abstraídas das falas dos entrevistados.

A análise das entrevistas foi feita a partir do método da Teoria Fundamental nos Dados e serão feitas a partir de categorias elaboradas em virtude desse método. Após, apresentaremos alguns discursos que puderam ser apreendidos das falas dos atores.



### 5.3 A CONSTRUÇÃO DAS CATEGORIAS

O instrumento de investigação empírica escolhido foi a entrevista semiestruturada<sup>65</sup>. O roteiro das entrevistas foi constituído primeiramente com base nos dados obtidos a partir da observação dos processos pesquisados e, posteriormente, por perguntas abertas que permitissem à pesquisadora conhecer os modos de pensar dos entrevistados em relação ao crime e principalmente às penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

A intenção da pesquisadora era entrevistar todos os atores que atuaram no processo dentro do recorte feito (meses de fevereiro-abril, 2013-2015), constituindo 04 (quatro promotores) dentre titulares e substitutos, e 03 (três) juízes titulares de cada uma das varas. No entanto as entrevistas só puderam ser realizadas com 03 promotores (um deles não se disponibilizou para conceder a entrevista) e 02 (dois) juízes (um deles foi promovido para outra comarca). Assim, foram entrevistados 05 (cinco) atores jurídicos que atuaram nos processos estudados na primeira etapa da pesquisa.

Como os atores envolvidos na pesquisa possuem algumas particularidades - juízes e promotores - foram criadas perguntas gerais (que valessem tanto para juízes quanto para promotores) e perguntas específicas (perguntas propriamente direcionadas aos juízes e perguntas propriamente direcionadas aos promotores). A necessidade de se fazer essa distinção se deu justamente pelas diferentes formas de atuação desses atores jurídicos: enquanto os primeiros oferecem as propostas de transação penal, os segundos homologam ou não essa proposta, sendo necessário saber, na presente pesquisa, de que forma eram feitos esses procedimentos.

Fruto das inquietações suscitadas e hipóteses levantadas, foram construídos os roteiros a seguir:

#### ROTEIRO ENTREVISTA PROMOTOR

I – Qual (is) os critérios que V. Ex<sup>a</sup> utiliza para a definição da proposta de Transação Penal a ser oferecida?

II – Como é oferecida a Transação Penal, em parecer ou em audiência? Por que? Quais os benefícios e as dificuldades de se utilizar de uma maneira ou de outra?

---

<sup>65</sup> Vide tópico 2.2.

III – Além das penas do art. 28 da Lei nº 11.343/06, V. Ex<sup>a</sup> utiliza outros tipos de penas alternativas? Qual(is)? Por que?

IV - Caso o autor não compareça para audiência preliminar, qual o procedimento adotado por V. Ex<sup>a</sup>?

V – Como V. Ex<sup>a</sup> encara a importância da negociação da Transação Penal no Processo?

VI – Como V. Ex<sup>a</sup> caracteriza as penas do art. 28 da Lei de Drogas?

VII – Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões das penas alternativas do art. 28 da Lei de Drogas para o mundo jurídico?

VIII – Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões da aplicação das penas alternativas do art. 28 para sociedade e para o usuário-infrator?

#### ROTEIRO ENTREVISTA JUIZ

I – V. Ex<sup>a</sup> costuma participar das audiências preliminares? Como V. Ex<sup>a</sup> considera a participação do juiz de direito na audiência preliminar?

II – Como é feito o processo de homologação das Transações Penais?

III - Caso o autor do fato não compareça para a audiência preliminar, qual o procedimento adotado por V. Ex<sup>a</sup>?

IV – Como V. Ex<sup>a</sup> encara a importância da negociação da Transação Penal no Processo?

V – Como V. Ex<sup>a</sup> caracteriza as penas do art. 28 da Lei de Drogas?

VI – Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões das penas alternativas do art. 28 da Lei de Drogas para o mundo jurídico?

VII – Para V. Ex<sup>a</sup>, quais as repercussões da aplicação das penas do art. 28 para sociedade e para o usuário-infrator?

As primeiras perguntas, tanto do roteiro de entrevista do promotor quanto do roteiro de entrevista do juiz, possuem a intenção de saber e entender como esses atores jurídicos atuam nos processos. Embora a pesquisadora já tivesse uma noção da maneira como aconteciam os processos a partir dos dados colhidos na primeira fase da pesquisa, esse momento foi necessário para se ter conhecimento da importância que esses atores sociais atribuem a cada etapa da atuação deles no processo.

No intento de conhecer o pensamento dos atores entrevistados, a gradação de perguntas foi uma etapa necessária para se chegar às perguntas mais diretas, sobre as penas do art. 28 da Lei de drogas. Buscamos, portanto, conhecer como os atores jurídicos lidam com as penas atribuídas ao crime do art. 28 e como as compreendem, sobretudo a partir da possibilidade de estas representarem mudanças para o mundo jurídico.

Quanto ao momento das entrevistas, é válido mencionar que este é um passo importante no qual devemos tomar alguns cuidados<sup>66</sup>. É preciso ser gentil, claro, mostrar empatia, estabelecer uma conversa introdutória ambientando o entrevistado na pesquisa; estar confortável e deixar o outro confortável; não interromper e não falar demais. É importante mostrar interesse nas respostas, saber relançar as perguntas - quando necessário, prestar atenção nas respostas não verbais, no comportamento do entrevistado, que grande parte das vezes diz muito além do que o entrevistado fala, por fim, não devemos fazer julgamentos.

Alguns entrevistados sentiram-se mais confortáveis respondendo às perguntas sem o gravador, de modo que as respostas foram redigidas no mesmo momento da fala, pela pesquisadora. Já outros não tiveram problemas em conceder a entrevista por meio de gravação.

Após as entrevistas houve o momento de transcrição e análise do material obtido que, conforme já explicitado na metodologia<sup>67</sup>, foi realizada seguindo o método da Teoria Fundamentada nos Dados (TFD).

Cabe ressaltar que pelo método da TFD o processo de leitura do material empírico deve ser constante e repetida nas diversas fases da análise. Assim, a cada releitura do material foi possível condensar mais conceitos em uma mesma categoria, de forma que esta se tornasse mais geral e abstrata, atingindo a saturação, isto é, quando as observações apenas suscitam exemplos que componham as categorias já existentes, sem que haja necessidade de remanejá-las. Nesse momento, "a teoria emergente encontra-se estabilizada: o pesquisador entende que as categorias construídas, bem como as relações que as interligam, têm plausivelmente um caráter de generalidade, pelo menos em relação aos dados observados".

Assim, as categorias foram desenvolvidas com base no objeto de estudo. É

---

<sup>66</sup> Para mais informações: XAVIER, J. R. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa na pesquisa. Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito. p. 129-135.

<sup>67</sup> Ver tópico 2.

importante pontuar que houve categorias extraídas diretamente das perguntas e outras que foram criadas a partir das respostas espontâneas dos atores. As categorias, que serão explicadas e trabalhadas adiante, foram as seguintes:

- A) Critérios utilizados pelos promotores para oferecimento da Transação Penal;
- B) Envolvimento do ator com o processo
- C) Percepção da Transação Penal no Processo
- D) Natureza e caráter das penas do art. 28 da Lei de Drogas
- E) Eficácia, Efetividade e Rigor penal das penas do art. 28 da Lei de Drogas
- F) Repercussões das penas do art. 28 para o mundo jurídico
- G) Repercussões das penas do art. 28 para a sociedade e para o infrator
- H) As repercussões das penas alternativas para o mundo jurídico
- I) Figura do legislador na tipificação do crime

A partir dessa estruturação, passamos a analisar os discursos dos entrevistados através das categorias formuladas.

#### 5.4 ANÁLISE DOS DISCURSOS À LUZ DAS CATEGORIAS

Passamos agora para a análise das entrevistas, relacionando as categorias criadas com as falas dos atores. Aqui, serão apresentadas as ideias que puderam ser abstraídas das falas dos atores entrevistados, sem atribuição direta de quem fala. No entanto, será possível notar os contrastes que ora aparecem em virtude das semelhanças e diferenças das ideias de cada entrevistado.

##### **A) Critérios utilizados pelos promotores para oferecimento de TP**

A primeira categoria apresentada diz respeito aos critérios estabelecidos pelos promotores para o oferecimento da transação penal. Essa foi uma categoria criada pela pesquisadora que buscou saber se os promotores possuíam algum critério para estabelecer a transação penal a ser proposta.

Identificamos que os entrevistados adotam como critério de oferecimento da proposta de transação penal a ideia de eficácia da pena e da interpretação conforme à lei:

*“A medida do inciso III é mais esclarecedora, não há aspecto punitivo no juizado, sendo a mais consentânea das três penas.(...) Não há a interferência de outros critérios como quantidade de drogas. (...)É um critério de eficácia da pena, tendo em vista que a advertência tem eficácia nula, a prestação de serviços à comunidade é mais punitiva e a medida de comparecimento a cursos e programas educativos é mais eficaz”.*

*“Não vejo sentido em criar critérios para oferecer a TP, como quantidade de droga, já que a Lei de Drogas não deixou nada explícito”.*

Notamos que, como sugerido anteriormente, não aparece a interferência de critérios como tipo e quantidade de droga, nem gênero, cor, condição social do autor do fato para o estabelecimento da proposta, confirmando o que preliminarmente foi observado na fase quantitativa da pesquisa. Os critérios que definem o oferecimento da transação penal, são, portanto, a eficácia da pena e interpretação conforme à lei.

## **B) Envolvimento do ator com o processo**

Essa categoria foi elaborada com o intuito de saber a forma como esses atores jurídicos oferecem a transação penal no processo e a importância que eles atribuem a sua participação efetiva nas audiências.

De modo geral, percebemos que os entrevistados oferecem as transações penais por meio de manifestação escrita. Os motivos para tanto, todavia, são diferenciados. Perpassam pela otimização do tempo do promotor de justiça, celeridade do processo e a racionalização de recursos. Apenas na fala de um dos entrevistados apareceu a ideia de que o autor do fato teria direito a ter conhecimento prévio do oferecimento da transação penal:

*“é encaminhada uma manifestação pedindo pra certificar sobre os antecedentes e, no caso de não ter, já é proposta a transação penal. (...) na prática o ministério público recebe o termo circunstanciado e já manda o termo circunstanciado para o juizado com a proposta”.*

*“é escolhida essa medida porque ganha-se tempo, é mais célere, para já chegar na audiência e ter a transação penal. Tem como benefício a celeridade, a racionalização de recursos”.*

*“Porque no momento o noticiado (...) é intimado para comparecer em audiência, ele tem ciência de que já tem uma proposta oferecida, então ele já tem uma proposta, já vai sabendo que tem aquela proposta ou se insurgir, dizendo que não quer aquela proposta”.*

Quanto à participação na audiência preliminar, de maneira geral, percebemos que existe a ideia de que não há a necessidade da presença do promotor de justiça e do juiz de direito no feito. Dessa forma, a transação penal, que já teria sido oferecida no processo, seria apresentada ao autor do fato por meio do conciliador ou juiz leigo e a negociação da transação penal, embora “salutar”, resulta ser “inexistente” ou “limitada” e “mitigada”. A ideia da necessidade de participação na audiência preliminar e de que este seria o momento para se negociar a transação penal, como “uma maneira de humanização do processo penal”, só apareceu em uma das falas, sendo excluída para as demais.

*“Não, na audiência preliminar é só entre autor do fato e conciliador. A princípio não há necessidade de o juiz de direito participar dessas audiências porque ela já tem um fim, que é o propósito da conciliação, mediação”.*

*“não existe negociação numa audiência criminal, é uma aceitação ou não, ‘ou você aceita ou responde ao processo’. É uma proposta fechada que o ministério público faz, na qual a parte deve aceitar ou não, se não aceitar é denunciado”.*

*“As possibilidades de negociação são muito poucas, assim o autor do fato não teria muitas opções para a escolha, no caso a negociação restaria mitigada”.*

*“e nessa audiência é feita a proposta, a gente explica quais são as consequências da aceitação, da não aceitação, qual o período, se fosse um caso, por exemplo, de prestação de serviços à comunidade, durante tanto tempo, por tal período, toda a explicação de como é, é feito ali, é necessário que tenha um advogado, óbvio, pelo direito de defesa dele, então o advogado concorda ou não juntamente com ele, com a questão dos termos da proposta. Pessoalmente a gente sempre teve a oportunidade de ouvir o outro lado”.*

### **C) Percepção da Transação Penal no Processo**

Esta terceira categoria foi criada a partir das falas dos atores ao longo das entrevistas que, de forma espontânea, pontuaram qual a visão deles sobre a transação penal no processo.

Para um dos atores, a transação penal foi questionada, como sendo uma forma de flexibilização de garantias, já que ainda não há processo para o autor do fato se defender. No entanto, de maneira geral, podemos perceber que a transação penal é encarada como um benefício e uma oportunidade para o autor do fato, assim como um mecanismo que auxilia na otimização do funcionamento do judiciário:

*“é interessante porque ela (a lei 9.099/95) lida com um processo, sem você ter um processo penal, daí porque questionável se você de alguma forma não flexibiliza garantias, porque você se defende de um processo, de uma ação, de uma ação que inicia-se com uma denúncia, na transação penal, no Jecrim, você não tem uma denúncia, você tem um termo circunstanciado”.*

*“(...) homologado, a gente tem o cuidado de verificar se o autor do fato tem antecedentes criminais, se ele já fez jus a homologação, porque se ele já respondeu a um processo, um termo circunstanciado em que ele teve o benefício da transação penal, ele fica durante um período sem poder renovar esse benefício. Então tem um prazo de 05 cinco anos em que ele não pode ter um novo benefício da transação penal”.*

As entrevistas revelam que há uma inclinação para o convencimento do autor do fato quanto à aceitação da transação penal que, embora os atores entendam ser um benefício para o autor do fato, entendemos também ser um benefício para o judiciário que passa a não ter o elevado custo de se prosseguir com o processo.

#### **D) Natureza e caráter das penas do art. 28 da Lei de Drogas**

A partir desse momento vamos passar a observar mais direcionadamente a visão que os promotores e juízes entrevistados possuem sobre as penas do art. 28 da lei de drogas. Essa categoria foi construída a partir de uma pergunta criada pela própria pesquisadora para saber como os atores entendem as penas do art. 28 da lei de drogas e qual o caráter que os atores atribuem à elas.

As respostas quanto à natureza das penas foram variadas. Alguns atores entendem as penas do art. 28 como medidas administrativas que são tratadas, porém, no âmbito do direito penal; outros como penas que possuem resposta penal insignificante e não possuem efetividade no plano concreto, já que em caso de descumprimento não há a previsão de “penas verdadeiras”; outro as entende como penas não encarceradoras e benéficas para o mundo jurídico, por prever sanções diversas da prisão. É possível perceber, ainda, no meio da fala de todos, a ideia da função reabilitativa da pena, aquela com o intuito de recuperar o usuário-infrator e “trazê-lo para a realidade”:

*“Como não há disposição sobre detenção, reclusão, seria um ilícito penal que encontra sanção no âmbito do Direito Administrativo”.*

*“Acredito que as penas do art. 28 não tenham efetividade alguma no plano concreto, porque em caso de descumprimento não há nenhuma consequência prática para o autor, porque não há a possibilidade de aplicar uma pena privativa de liberdade em momento algum, não há coercibilidade da medida. As penas, na verdade, acabam se configurando como conselhos aos quais o autor do fato deveria seguir, sendo melhor descriminalizar ou criminalizar com penas verdadeiras”.*

*“Para o modelo que nós temos de legislação, não deixa de ser uma evolução, então é muito mais alentador imaginar que o legislador em 2006 conseguiu ao menos imaginar que essas pessoas não precisam ter o cárcere como resposta”.*

*“Então uma pena alternativa traz ele a uma realidade, de que ele faz parte de uma comunidade, de que ele faz parte de uma sociedade e ele tem responsabilidades a cumprir e muitas vezes o usuário não sabe o que é responsabilidade, porque ele não tem responsabilidade consigo mesmo, porque ele faz um mal, um mal ao seu corpo, a seu organismo, a sua saúde e também faz um mal a sua família e a sua comunidade”.*

A questão que primeiramente se traz é que, se não há a previsão de pena privativa de liberdade, as penas do art. 28 não devem ser consideradas como sanção penal, mas sim como uma sanção administrativa que é tratada no âmbito penal. Como veremos mais adiante, muitos consideram que não houve coragem do legislador para descriminalizar, motivo pelo qual foram impostas essas sanções alternativas.

Outra questão importante de ser notada na colocação de alguns dos entrevistados, é que, caso o autor do fato descumpra a sanção a ele imposta, não é previsto pela legislação uma ação coercitiva do Estado para obrigá-lo a cumprir, como no caso de uma previsão de pena privativa de liberdade, mesmo que em último momento. A intenção é, portanto, de se ter a certeza quanto à punição. Ou seja, na visão deles, se por trás das penas alternativas previstas no art. 28 houvesse a previsão de uma pena mais severa (leia-se: prisão), aí sim as penas do art. 28 teriam validade, haja vista que haveria a ‘certeza’ da punição em algum momento. Mais uma vez, é como se as penas do art. 28 não fossem verdadeiras.



Apenas um ator considerou as penas do art. 28 benéficas por fugir do padrão encarcerador comum das respostas penais. É importante destacar isso, pois, ao mesmo tempo que identificamos, em um todo, atores processuais com uma postura mais tradicional em relação à pena, observamos que alguns elementos indicam a apresentação de novos horizontes na concepção tradicional das penas.

Por fim, um ponto que pareceu ser comum a todos foi justamente a função reabilitativa da pena, pois *"para o autor do fato as medidas alternativas previstas em lei tem grande efeito a depender do próprio autor do fato, se ele for aberto à medida e quiser de fato mudar, a medidas apresentam-se um convite para a mudança"*.

Outro aspecto marcante nas entrevistas foi a noção dos entrevistados quanto à descriminalização ou não, por um lado, e da despenalização ou não, por outro, do crime e das penas do art. 28. Notamos que, segundo o entendimento deles, o fato do art. 28 da lei de drogas não prever em nenhum momento a privação da liberdade como sanção para o crime de uso de drogas, desqualificaria a conduta como crime e desqualificaria os três incisos do art. 28 como pena.

*"É claro que houve uma descriminalização, porque não houve previsão de detenção, reclusão, prisão, internação compulsória, e em sede de condenação, seja em sede de transação penal"*.

*"Como lidar com essa nova possibilidade dos usuários de drogas que a gente não tem a perspectiva de uma pena"*.

Com isso, temos que a questão da descriminalização e da despenalização da conduta tipificada no art. 28 da lei de drogas é muito marcante entre os atores jurídicos entrevistados. Mesmo passado mais de 10 anos da edição da lei, quando houve acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão, é visível que este ponto ainda não se encontra estabilizado entre os atores jurídicos envolvidos na aplicação do art. 28 da lei de drogas em Feira de Santana.

É possível identificar ainda que esta "confusão" quanto à definição de crime e de pena é sempre condicionada à questão da previsão ou não da privação de liberdade como sanção para o crime. Mesmo para aqueles atores que consideram as penas do art. 28 como "penas verdadeiras" e com resposta penal relevante, há ainda uma dificuldade de se conceituar tais medidas, ao menos de forma imediata, como pena. Em outras palavras, o modo como compreendem e o sentido que atribuem às penas gira em torno da privação de liberdade, que, por sua vez, condiciona a existência ou não do crime, em um simples esquema: se há prisão, há pena e se há pena, há crime.

Vale dizer, nesse sentido, que os próprios atores jurídicos encontram-se aprisionados pelo conceito de pena atrelado necessariamente à prisão.

### **E) Eficácia, Efetividade e Rigor penal das penas do art. 28 da Lei de Drogas**

Essas categorias surgiram a partir das falas dos atores no decorrer das entrevistas, de forma espontânea, ou seja, sem nenhuma pergunta direta a seu respeito.

Nos pareceu que, para os entrevistados, a efetividade e a eficácia das penas do art. 28 estão diretamente ligadas a existência de uma fiscalização e a um instrumento coercitivo, que garantam a certeza do cumprimento da medida:

*“Acredito que as penas do art. 28 não tenham efetividade alguma no plano concreto, porque em caso de descumprimento não há nenhuma consequência prática para o autor”.*

*“Eu acho que uma das coisas que mais reforça o não acreditar na eficácia dessas penas é a falta de estrutura e fiscalização também, porque se a gente for pensar, ‘restrição de final de semana’, ok, você diz que você não vai poder, quem vai fiscalizar isso? O cumprimento a entidades tal, quem vai fiscalizar que ele está indo”.*

Também foi identificado na fala dos atores jurídicos, mais especificamente dos promotores, a questão do rigor de cada uma das penas constantes nos três incisos do art. 28 da lei de drogas. Para eles, o rigor das penas seria característica que estaria diretamente ligada à eficácia ou não da pena, ou seja, se a pena tivesse o rigor necessário, ela seria capaz de surtir efeitos no infrator.

Percebemos, dentre as respostas, a necessidade de se propor penas coerentes com o crime e com a realidade do autor do fato. Para estes, a pena de advertência, seria totalmente dispensável e sem sentido, pois não deveria ser atribuição do juiz e promotor de justiça, já que estes não teriam a função de educar/conscientizar os infratores. Já a prestação de serviços à comunidade não seria uma resposta adequada ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, pois não tem relação lógica do crime com a pena e por isso, seria mera retribuição penal. A pena do inciso III, por sua vez, seria a mais positiva e com possibilidade de ser eficaz, por ter relação com o crime e uma repercussão mais positiva para o usuário. Vejamos:

*“(...)advertência nunca é proposta, porque informação está disponível para todos e eu não vejo eficácia numa medida de advertência. A medida prioritariamente formulada é a do inciso III, a prestação de serviços à comunidade é como se fosse subsidiária, caso o autor do*

*fato não aceite a medida de comparecimento a cursos e programas educativos. A medida do inciso III é mais esclarecedora, não há aspecto punitivo no juizado, sendo a mais consentânea das três penas (...). A prestação de serviços à comunidade é mais punitiva”.*

Assim, identificamos que a pena mais proposta é a do inciso III, que é o encaminhamento a cursos e programas educativos. As propostas de transação penal, no entanto, variam a depender do promotor que as propõe, como percebemos pela categoria critérios para oferecimento de transação penal. Assim, embora todos concordem que dentre as penas do art. 28 há uma gradação de rigor das penas, cada um dos entrevistados justifica a sua aplicação de maneira diferenciada, adotando os critérios que foram elucidados na categoria A.

#### **F) Repercussões das penas do art. 28 para o mundo jurídico**

Buscamos saber como esses atores veem os efeitos no mundo jurídico da previsão legal de uma pena não privativa de liberdade na cominação principal para um crime.

Encontramos, em algumas entrevistas, a ideia de que o estabelecimento das penas do art. 28 foi um importante passo para se chegar à total descriminalização do crime de uso de drogas. No entanto, existe a noção de que não houve um avanço em matéria de penas, já que a resposta penal prevista seria insignificante, por estar desprovida de uma coerção ulterior:

*“É um avanço no sentido que descriminalizou, não acredito que houve um avanço penal, pois não existe crime sem previsão de pena de reclusão ou detenção e não existe contravenção se não há prisão ou multa, mas há uma inovação no sentido de que não se trata mais o viciado em drogas como criminoso”.*

*“No caso específico da lei de drogas a lei não dá a resposta, em alguns casos, quando não há a TP há a denúncia, o efeito prático é somente potencial de gerar (...) a resposta penal é insignificante, qual a opção do legislador: fingir que está punindo ou descriminalizar”.*

Notamos que, na visão de alguns dos entrevistados, é melhor tirar a conduta de porte de drogas para consumo pessoal do rol dos crimes do que punir com as penas que estão estabelecidas, tendo em vista que estas tornam o direito penal sem efetividade.

A preocupação com o direito penal em detrimento do crime é clara: é como se atribuirmos ao Direito Penal uma pena que não seja “verdadeira” (uma pena não privativa de liberdade) fosse um malefício para a sua efetividade, devendo-se, portanto, descriminalizar logo para “cortar o mal pela raiz”. Para estes atores, portanto, não há um avanço penal justamente por não se tratar de penas, mas sim uma resposta insignificante ou pouco eficaz no que tange ao direito penal.

Apareceu, contudo, na mesma categoria, entre alguns entrevistados, a ideia oposta à supracitada: de que as penas do art. 28 da lei de drogas repercutem no mundo jurídico de modo positivo. O motivo para isso, no entanto, são diferentes: uma entrevista aponta ser positivo, haja vista ser uma forma de o direito penal dar uma resposta ao crime, mas sem o elevado custo do cárcere; e outra, por sua vez, aponta que as penas do art. 28 apresentam o caminho que se busca de cada vez mais, de se apostar em alternativas penais:

*“Bom para o mundo jurídico foi uma alternativa que se teve para que despenalizando para aqueles menores, aqueles crimes de menor potencial possa ser dada uma resposta do judiciário, mas sem o custo tão grande como é o de manter o preso em cárcere privado. Então a pena alternativa te esse benefício em não trazer esse custo tão grande como é o de manutenção do preso”.*

*“Então de alguma forma eu acho que isso aqui no mundo jurídico vai de acordo com os princípios mais despenalizadores que se busca, de cada vez mais se apostar nas penas alternativas”.*

### **G) Repercussões das penas do art. 28 para a sociedade e para o infrator**

Essa categoria objetivou descobrir como os atores enxergam a eficácia das penas para o usuário-infrator e para a sociedade.

Dentre as falas, foi possível identificar um consenso de ideias quanto às penas do art. 28 serem positivas se influenciarem positivamente na vida do usuário (impedir que ele cometa o crime novamente) e que repercutem positivamente a depender da pena aplicada. No entanto, foi marcante a existência de uma preocupação de que a previsão de tais penas pode ensejar para a sociedade uma visão de injustiça e impunidade:

*“Se ele cumprir uma das medidas previstas em lei e, inclusive, deixar a droga, participando de programas educativos e até dando palestra contra o uso das drogas e os efeitos nocivos, é claro que há um efeito positivo da pena sobre a sociedade. Mas insisto que se ele não cumprir nenhuma das medidas do art. 28 e voluntariamente não há*

*nenhuma consequência penal e moral, pode passar a impressão para a sociedade de impunidade e ineficácia das medidas”.*

*“Mas em relação à comunidade a percepção que eu tinha, naquele momento, não só em relação ao 28, mas em relação a todos os crimes do jecrim, é que existe essa sensação muito grande, porque a vítima ainda é acostumada a ter como resposta a punição “se ele não sofrer tanto quanto eu não teve um retorno, não teve um efeito”, infelizmente nossa cultura ainda é de encarcerar, infelizmente”.*

Percebemos, com isso, de que mesmo que a pena possa ser positiva para o usuário, existe uma preocupação dos atores com a resposta a ser dada em virtude do que a sociedade espera que, ainda, passa longe de ser uma resposta alternativa à prisão.

#### **H) As repercussões das penas alternativas para o mundo jurídico**

Embora não tenha sido objeto diretamente de pergunta, em todas as falas foi possível identificar a opinião dos entrevistados quanto às penas alternativas de um modo geral. As penas alternativas foram consideradas importantes, mais efetivas para a ressocialização, porém que deveriam ser utilizadas a depender do crime ao qual se aplica e quando há uma garantia de cumprimento (por meio da “coerção”).

*“Existe na sociedade brasileira muito direito penal – direito penal simbólico, acionado para tudo, perdendo a força de contenção, a ultima ratio do direito penal fica mitigada. As penas alternativas são maravilhosas, no entanto são aplicadas para crimes que nem deveriam ser crimes, como os de menor potencial ofensivo (ameaça, lesão leve, vias de fato, injúria, difamação...). Crimes de ação privada, crimes contra o patrimônio e que não envolvam violência ou grave ameaça, crimes com possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade para as restritivas de direito não deveriam ser tratadas pela justiça comum criminal e sim pelos juizados”.*

*“Uma pena alternativa de prestações serviços à comunidade num crime de lesões corporais, por exemplo, se o autor do fato não cumprir, o processo volta para ele cumprir outra pena coercitivamente. O mesmo não acontece com as penas do art. 28 da lei de drogas”.*

Percebemos, com isso, que embora a pena alternativa devesse ser privilegiada em alguns casos – como nos crimes de menor potencial ofensivo –, ela assim só deveria ser considerada se houvesse a previsão legal de uma pena privativa de liberdade em caso de descumprimento, como no caso da medida alternativa no crime de lesões corporais.

Um ponto que nos chamou atenção é a maneira como a maioria dos entrevistados aborda a ideia de coerção, se limitando à privação de liberdade. Mesmo que a coerção propriamente dita sirva para garantir o cumprimento da pena por obrigar alguém a fazer algo, observamos nas falas dos entrevistados que a única medida coercitiva suficientemente capaz de fazer com que o usuário infrator cumpra a pena é a previsão, ao menos subsidiariamente, de uma medida privativa de liberdade.

Ou seja, a ideia de coercibilidade, que em sua definição original possui uma dimensão de obrigatoriedade – podendo abarcar medidas como as próprias penas alternativas, previsão de responsabilização civil e outras medidas igualmente coercitivas mas não necessariamente privativas de liberdade –, no sentido trazido pela maioria dos entrevistados, está intrinsecamente ligada à ideia aflitiva da previsão, ao menos subsidiária, da prisão.

Portanto, nessa dimensão, somente a privação da liberdade garantiria o cumprimento da sanção alternativa doravante imposta.

Por fim, percebemos ainda que a pena alternativa não seria considerada adequada para infrações mais severas com latrocínio e homicídio.

## **I) Figura do legislador na tipificação do crime**

Essa categoria foi criada por termos identificado na fala dos atores a recorrente questão da figura do legislador de 2006 no momento da tipificação do crime do art. 28.

É possível perceber, entre os atores, uma certa insatisfação com esta figura legislativa: i) ou por este ter tipificado a conduta de porte de drogas para consumo pessoal como crime; ii) ou por este ter estabelecido penas “sem coercibilidade” como respostas penais para um crime; iii) ou por este ter estabelecido a conduta de porte de drogas para consumo pessoal como crime e cominado penas diversas à prisão.

A maioria dos entrevistados trataram a questão como se, na verdade, tivesse havido uma “*confusão do legislador*” na tipificação do crime do art. 28 ou uma “*falta de coragem*” desta figura para descriminalizar a conduta de uso das drogas, ou mesmo que tenha sido uma postura “*proposita para ser um avanço gradual*” e não se descriminalizar a conduta por completo. Por isso, ter imposto penas diversas da prisão, foi visto como uma forma de compensação à sua omissão:

*“A gente sempre comenta que o legislador não teve talvez a coragem necessária de enfrentar a questão de descriminalizar o uso da droga, então ele manteve um crime, o art. 28 da lei 11.343/06, mas ao mesmo tempo ele não previu uma pena como a gente tem, nos moldes, no padrão da pena restritiva de liberdade da legislação anterior, por exemplo”.*

É possível observar a estranheza com a qual os atores enxergam as penas do art. 28 da Lei de Drogas. Todos acreditam que, na verdade, o legislador caiu em equívoco (confusão) ou foi uma ‘medida estratégica’ (uma saída para não descriminalizar a conduta) ao instituir como penas a advertência, a prestação de serviços à comunidade e as medidas de comparecimento a cursos e programas educativos.

No entanto, ao mesmo tempo em que dizem e demonstram não concordar com o posicionamento “do legislador” na tipificação do crime do art. 28 ou com as penas que este impôs, percebemos que os mesmos sempre agem de acordo com essa vontade legislativa em relação ao crime e às penas do art. 28:

*“(…) essa sensibilidade no sentido da gente ter que buscar alguma coisa que tivesse mais, que pudesse respeitar aquela opção daquele indivíduo no uso da droga, mas que também contemplasse o que a legislação disse, a legislação disse “olha, não disse que não é mais crime, continua sendo crime, agora eu disse que a resposta a isso vai ser diferenciada”.*

É, portanto, possível perceber que, embora digam pensar de uma maneira (não concordam com a atitude legislativa), atuam de maneira diversa, justificando suas posturas principalmente na vontade do legislador de 2006.

### 3.3 OS DISCURSOS-TIPO

De uma maneira resumida, as categorias e as modalidades atribuídas a elas em nossa análise podem ser visualizadas através do seguinte quadro:

CATEGORIAS	RESPOSTAS DOS ATORES
	Aplicação do que está posto em Lei

<b>A) Critérios utilizados pelos promotores para oferecimento de TP</b>	Eficácia da pena (mais instrutiva)
<b>B) Envolvimento do ator no processo</b>	
<b>Modo de oferecimento da TP</b>	Parecer
	Audiência
<b>Motivos utilizados pelos promotores para oferecimento em parecer</b>	Otimização do tempo do promotor de justiça
	Celeridade/racionalização de recursos
	Direito do autor do fato em ter conhecimento previamente do oferecimento de uma tp
<b>Participação do juiz na Audiência Preliminar</b>	Não participa, apenas supervisiona
	Não participa
<b>Importância da participação do juiz de direito na audiência preliminar</b>	Dispensável, suprimida pelos conciliadores
	Dispensável, único juiz para várias audiências
	É uma atribuição desnecessária para o juiz de direito
<b>Processo de Homologação das TP</b>	Sempre homologa as TP, mas analisa os atos do MP
	Sempre homologa as TP



<b>Negociação da Transação Penal</b>	Inexistente
	Limitada e mitigada
	"Salutar", mas o juiz não integra a negociação
	Limitada entre autor do fato e conciliador
	Importante para se dar significado a pena
	Momento de ouvir o outro - humanizar o processo penal
<b>C) Percepção da Transação Penal No Processo</b>	Oportunidade/benefício para o autor do fato
	Otimização do judiciário
	Racionalização de tempo do Promotor
	Forma de flexibilização de garantias
<b>D) Natureza e caráter das penas do art. 28 da Lei de drogas</b>	Medidas Administrativas
	Penas com resposta penal de menos rigor
	"Penas-conselho" -sem efetividade no plano concreto
	Penas com função reabilitativa do usuário-infrator

	Penas não encarceradoras
	Descriminalizador
	Incriminador
	Despenalizador
	Penalizador
	Questão de saúde pública
<b>E) Efetividade, Eficácia das Penas do art. 28 e Rigor penal das penas do art. 28 da Lei</b>	Desprovidas de eficácia por não haver coercibilidade
	Eficaz porque existe um órgão fiscalizador
	Eficaz a depender da pena aplicada
	Advertência é dispensável
	PSC é muito punitiva
	MCCPE mais eficaz para o usuário e para o sistema
	O próprio ator jurídico não é capaz de advertir por não ter expertise sobre o assunto
	PSC não tem sentido de aplicação para o crime de uso de drogas
	Desprovidas de eficácia por não haver coercibilidade

<b>F) Repercussões das penas do art. 28 para o mundo jurídico</b>	Eficaz porque existe um órgão fiscalizador
	Eficaz a depender da pena aplicada
<b>G) Repercussões das penas do art. 28 para a sociedade e para o infrator</b>	Positivas se influenciarem positivamente na vida do usuário-infrator
	Sensação de impunidade e injustiça
	Negativo para o D. Penal pela ineficácia das medidas
	Diminuição dos efeitos negativos do D. Penal encarcerador
	Importante para o autor do fato pela rapidez na resposta penal, pelo efeito pedagógico da pena e por evitar o encarceramento
	Sem efeito para a sociedade pela deficiência do sistema
	Repercute a depender da pena aplicada, se a do inciso I, II ou III do art. 28
<b>H) As repercussões das penas alternativas para o mundo jurídico</b>	Sanção para crimes mais brandos
	Válida quando há imposição de uma pena severa caso haja descumprimento
	Mais efetiva para a ressocialização

	Necessários, porém dependentes de reflexão e maior aceitação (amadurecimento) das instituições jurídicas e da própria sociedade
	Necessidade de fiscalização das medidas para dar maior credibilidade a esse tipo de pena
<b>I) Figura do legislador na tipificação do crime</b>	Confusão do legislador ao elaborar as penas do art. 28
	Falta de coragem do legislador em não descriminalizar de imediato a conduta tipificada no art. 28
	Condiciona as ação dos atores jurídicos envolvidos

A partir das respostas dos atores, principalmente na categoria I, é possível perceber que a vontade do legislador de 2006 é o principal norte da postura desses atores. Assim, é possível destacar dois discursos diferentes, observando de que forma a lei permite ou não permite as condutas dos atores a partir do ponto de vista de cada um.

Embora o material empírico estudado tenha um corpo limitado – cinco entrevistas – apostamos que por ser uma análise qualitativa poderíamos apreender, de maneira simplificada, os discursos que mais se destacaram na fala dos atores. A elaboração desses discursos nos auxiliarão na análise geral dos resultados da pesquisa. Dessa forma, se destacaram os seguintes discursos:

**3 Discurso (des)criminalizador:** esse discurso pode ser identificado nas falas que sustentam que a conduta do uso de drogas não mais deveria ser considerada crime – descriminalizar e não mais atribuir qualquer pena a essas condutas –no entanto, ao mesmo tempo, continuam aplicando ao crime as penas que foram pela lei estabelecidas. Esse discurso pode se subdividir em:

- “Falso descriminalizador” - embora diga ser contra a criminalização de diversas condutas que considera menos ofensivas à sociedade, como o uso de drogas, não se preocupa em reduzir os efeitos da lei (oferecendo uma pena mais leve), ou mesmo extingui-la, como no caso de arquivamento por falta de justa

causa, por exemplo. Pelo contrário. Conforme é possível visualizar na primeira parte da pesquisa e ratificado na entrevista, um dos atores oferece as três penas do art. 28, cumulativamente, ou seja, o autor do fato deve ser advertido em audiência, prestar serviços à comunidade e ser encaminhado a cursos e programas educativos, pois segundo a interpretação do entrevistado, “a lei é clara ao estabelecer a aplicação das três penas conjuntamente, por entender que se completam”. Dessa forma, embora diga ser a favor da descriminalização, o ator, através de sua atuação jurídica, em nada contribui para promover esta ou diminuir os efeitos desta.

- “Descriminalizador limitado” – embora demonstrem ser contra a criminalização do uso de drogas, alguns dos atores tem uma grande preocupação em atender ao estabelecido pela lei de 2006 e aplicar as medidas do art. 28. Para tanto, estabelecem as penas que entendem ser mais eficazes para o autor do fato e mais consentânea com o crime. O que vemos, portanto, é que mesmo que entendam não ser crime e apliquem a pena que considerem ser mais benéfica para o autor do fato – visando minimizar os efeitos da incriminação, ainda encontram-se sob as amarras da lei de drogas, tendo em vista que não mobilizam uma ação diferenciada que promova uma inovação no plano local.

**4 Discurso da eficácia jurídica:** nesse discurso não identificamos necessariamente uma preocupação com a conduta do uso de drogas para consumo pessoal como crime, mas sim com a resposta penal a ser dada e com a otimização do processo no direito. Esse discurso pode se subdividir:

- Eficácia do Direito Penal: neste discurso a preocupação com o direito penal é clara. Os atores não se importam necessariamente com o crime do uso de drogas, mas sim com a resposta do Direito Penal, devendo esta ser ou punitivista e punir mais (com “penas verdadeiras” – alguma previsão legal de pena de prisão) ou abolicionista e não punir, deixando a conduta de ser tutelada pelo direito penal. Ambos os atores consideram que a conduta do art. 28 não deveria ser criminalizada, no entanto, assim sendo, deveria ser penalizada com uma resposta penal significativa, a qual fosse possível a certeza do cumprimento, através da certeza da punição. O grande limitador das condutas dos atores novamente é a lei, já que, considerando as penas do art. 28 ineficazes para dar uma resposta ao direito penal os atores, por exemplo, poderiam classificar a conduta do suposto autor do fato para o crime de tráfico, no qual tem-se a certeza do cumprimento pela previsão legal privativa de liberdade.

- Eficácia para o Judiciário (e o sistema penal): embora demonstre ser favorável à descriminalização do crime de uso de drogas e às penas não afliativas do art. 28 da Lei de Drogas, destacando, inclusive, os aspectos negativos da pena privativa de liberdade, percebemos nesse discurso uma preocupação efetiva com o autor do fato. Os atores dispõem de integrar na negociação da transação penal e o contato com o autor do fato. Nesse perfil, é possível perceber uma preocupação com a otimização do judiciário primeiramente com a homologação da transação penal, sem os custos da continuação com o processo e posteriormente com a diminuição de indivíduos presos, diminuindo o custo do cárcere. Assim, as penas alternativas aqui tem um aspecto muito mais importante por diminuir os custos do judiciário do que por ser uma resposta diferente da pena privativa de liberdade.

## 6. COMPARATIVO QUALI-QUANTI E ANÁLISE DOS RESULTADOS

Os dados obtidos empiricamente - quantitativa e qualitativamente -, permitiu que encontrássemos alguns resultados. Passaremos agora a comparar as informações que obtivemos a partir do estudo dos processos do crime do art. 28 da lei de drogas, bem como as que extraímos das entrevistas semidiretivas. Após faremos uma análise do resultado de toda a pesquisa à luz da teoria da racionalidade penal moderna.

### 6.1 COMPARATIVO

A parte empírica da pesquisa se dividiu em dois momentos: primeiro um estudo quantitativo dos processos do crime do art. 28 da lei de drogas, com o levantamento e descrição de dados tabelados, o que nos permitiu chegar a alguns resultados. Após, iniciamos um estudo qualitativo por meio de entrevistas com os atores jurídicos que atuaram naquele primeiro momento da pesquisa. A análise das entrevistas foi feita pelo método da teoria enraizada com a criação de categorias abstraídas daquelas.

A utilização dos dois métodos foi muito importante, pois uma parte complementou a outra. As primeiras percepções que tivemos nos orientou a criar parte do roteiro das entrevistas, com a qual verificamos certas hipóteses e descobrimos novas informações.

Como resultado da pesquisa quantitativa nós percebemos, primeiramente, que critérios como tipo/quantidade de drogas, circunstâncias sociais/raciais/de gênero pareciam não influenciar na proposta de transação penal a ser oferecida. Essa percepção se confirmou quando entrevistamos os atores. Através da categoria A, identificamos que os critérios utilizados são a eficácia da pena e a aplicação conforme a lei, não tendo os critérios acima mencionados influência no tipo de pena a ser proposta via transação penal. É importante mencionar aqui, que o critério para o tipo de transação penal a ser oferecida

não se confunde com critério de classificação do crime em uso ou tráfico. Esse ponto não foi objeto da pesquisa e não teria como ser analisado, haja vista que não foram estudados processos referentes ao crime de tráfico de drogas.

Outro ponto que chamou nossa atenção na pesquisa quantitativa foi que na maioria dos processos estudados não houve participação do ministério público na audiência e as propostas de transação penal eram feitas por manifestação escrita antes mesmo da distribuição do processo. Verificamos, nas categorias B e C, que a maioria dos promotores entrevistados de fato não participavam das audiências e não atribuíam importância a essa participação, tendo em vista que já haveria o parecer com o oferecimento da proposta de transação penal e a presença seria suprida com o conciliador. Tal mecanismo foi visto como uma forma de otimizar o processo penal, haja vista as diversas atribuições do promotor de justiça. Quanto à negociação da transação penal, percebemos não existir, e na palavra da maioria dos entrevistados ela ou não existiria, ou seria bem limitada. Apenas um ator ressaltou a importância da negociação da TP, assim como justificou o oferecimento prévio em parecer.

Identificamos também, ainda na primeira etapa, que cada promotor oferecia um tipo específico de pena e que a frequência desse oferecimento estaria intimamente relacionada a qual promotor atuou no processo. Através da categoria A, percebemos que o tipo de pena oferecido estaria sim relacionada a cada promotor que atuou no processo e esse oferecimento estaria atrelado ou ao critério de eficácia da pena – sob o entendimento de cada ator sobre qual seria a pena mais eficaz, ou o critério de aplicação conforme a lei – a interpretação de um dos atores foi a de que a lei estabeleceu o oferecimento cumulativo das penas, sendo esta a forma segundo a qual ele as oferece.

Por fim, constatamos que os processos, a depender das varas onde tramitam, possuem movimentações e desfechos diferentes. As razões para isso, no entanto, não foram verificadas nas entrevistas, tendo em vista que para se analisar tal fato é necessário, além do pensamento dos magistrados e promotores, saber como tramitam os processos nas secretarias de cada vara (número de servidores, demanda de cada vara, dentre outros aspectos).

Além desse processo de verificação, as entrevistas nos possibilitaram a descoberta de diversas novas informações que foram transformadas em categorias para serem analisadas.

Assim, pudemos acessar a visão dos atores quanto à natureza e ao caráter das penas do art. 28 da lei de drogas; tivemos conhecimento da ideia de efetividade, eficácia e

rigor das penas do art. 28 e as implicações disso na atuação dos entrevistados; percebemos a opinião deles quanto a repercussão das penas do art. 28 da lei de drogas para o mundo jurídico, para a sociedade e para o infrator e como essa repercussão, no entendimento de cada um, influencia ou deixa de influenciar a atuação dos mesmos, assim como a repercussão das penas alternativas – de maneira mais generalizada – para o mundo jurídico; e, por fim, percebemos que a figura do legislador na tipificação do crime é objeto de insatisfação dos atores mas ao mesmo tempo ‘condiciona’ a atuação deles no processo.

Conforme explicitamos mais detalhadamente na metodologia, utilizamos, para a extração das informações a teoria fundamentada nos dados. Essa metodologia foi utilizada com algumas ressalvas, haja vista que o processo aqui descrito foi utilizado tanto para verificação como para descoberta de dados, ou seja, não foi plenamente indutivo como o método exige em sua pureza.

Dito isto, passamos à constatação de outros resultados e a análise desses pelas categoria elaboradas. A TFD é interessante, pois, permite que a partir dos dados obtidos sejam formuladas hipóteses, as quais podem dialogar com as teorias já existentes.

## 6.2 ANÁLISE

As primeiras categorias formuladas tiveram o intuito de saber como os atores lidam com os processos de uso de drogas e qual a importância que atribuem aos mesmos e às atividades deles nos processos.

De início, logo percebemos que os atores tem uma preocupação com a aplicação da pena conforme a legislação e com a sua eficácia. Como demonstrado no tópico 3.2, esse posicionamento enseja dois problemas identificados por Pires (2004) na discussão sobre a racionalidade penal moderna. O primeiro, diz respeito à ilusão de simplicidade entre a aplicação da pena e o papel do juiz e legislador – o qual faz parecer que o papel destes atores seria meramente a aplicação da pena como a lei manda, desprezando-se as singularidades do caso concreto. E a segunda diz respeito ao ideal utilitarista trazido por Beccaria da pena com o papel dissuasivo – servir de exemplo, tanto para o próprio infrator não cometer outros delitos, como para fazer com que os outros na sociedade não o façam.

Outro ponto a ser notado é que há entre os atores uma preocupação muito grande com a otimização e racionalização do processo, do tempo do promotor de justiça e do judiciário. Pouco apareceu a preocupação com o autor do fato e com as possibilidades de ele cumprir a transação penal. Conforme verificamos, a negociação da transação penal, que deveria ser um momento importante no processo, quando o autor do fato e o titular da ação penal, com supervisão do juiz, negociariam a proposta oferecida pelo ministério público, buscando as possibilidades de o autor do fato cumprir a medida, não é efetivada.



Apenas um entrevistado considerou participar das audiências preliminares, reforçando a importância desse momento para o autor do fato e para o judiciário. Assim, a negociação da transação penal no processo acaba sendo quase inexistente, um meio apenas de dizer ao autor do fato: “aceite ou será denunciado”.

É interessante notar que, em contrapartida a essa postura, a maioria dos atores não consideram as penas do art. 28 da lei de drogas como “penas verdadeiras”. Isto porque essas penas “seriam desprovidas de coercibilidade”, possuem “resposta penal insignificante”, e seriam, portanto, “medidas administrativas” pelo fato de não se incidir penas de detenção ou reclusão. Um contrassenso, portanto, é percebido: embora parte dos atores considere as penas do art. 28 ineficazes porque não há a garantia do seu cumprimento – por meio de lei -, estes não se preocupam em comparecer às audiências, para negociar a melhor forma de cumprimento da transação penal pelo autor do fato. Ou seja, conhecer o autor do fato, a sua realidade, as melhores formas de este cumprir a pena, para eles, não seriam formas de garantir o cumprimento da pena. Assim, somente a previsão de uma sanção mais severa – prisão – poderia cumprir esse papel. Notamos, dessa forma, que a ideia aflitiva da pena está bem marcante e as penas verdadeiras seriam somente aquelas “que mostram a intenção da autoridade de infligir um sofrimento” (PIRES e CAUCHIE, 2011, p. 303).

Assim, em um primeiro momento, a maioria dos entrevistados demonstra não se importar com o cumprimento da pena proposta pelo autor do fato (não participação na audiência preliminar), no entanto, em um segundo momento, para esses, o cumprimento das penas do art. 28 passa a ser critério imprescindível para a eficácia da medida. A questão de que não há uma sanção efetiva (punida com prisão) em caso de descumprimento é a grande justificativa para não se considerar as penas do art. 28 como penas de fato. Tem-se, portanto, que a problemática não diz respeito ao cumprimento ou não da pena aplicada, mas sim a certeza de a punição estar lastreada numa pena aflitiva.

A discussão sobre a despenalização ou não e descriminalização ou não do crime de porte de drogas para consumo pessoal esteve bem presente na fala dos entrevistados e demonstra que a questão ainda não se encontra estabilizada entre os mesmos. Percebemos, também, que o conceito de pena para os atores está intrinsecamente ligado à previsão de privação da liberdade e o conceito de crime está inter-relacionado com a pena ao qual se aplica. Os atores jurídicos, ao menos em um primeiro momento – para alguns - afirmaram ter havido uma despenalização para a conduta do uso de drogas, mesmo que depois fosse reconhecido que as penas do art. 28 possuem um caráter penalizador. Em outras palavras, para os atores sociais entrevistados - mesmo aqueles que se mostraram mais assentes com as penas alternativas -, não há crime sem pena que inflija

dor e sofrimento ao corpo do infrator. É, portanto, como se os próprios atores estivessem aprisionados no conceito de crime pela pena e de pena pela prisão, em um muro de ideia construído pelo pensamento dominante.

Identificamos ainda que a fiscalização e a existência de instrumentos que garantem o cumprimento da medida pareceu um critério necessário para a eficácia e efetividade das penas alternativas. O motivo para tanto, seria, principalmente pela necessidade de dar uma justificativa para a sociedade para aplicação de instrumento não aflitivo.

Para a maioria dos atores entrevistados, não foi vislumbrado que as penas do art. 28 da Lei de Drogas constituíram um avanço para o direito penal. Pelo contrário. Para alguns, as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas de comparecimento a cursos e programas educativos, na verdade, teriam efeitos negativos no âmbito do direito penal porque traz a este um aspecto de inefetividade, de resposta insignificante. Ou seja, a imposição de penas como as do art. 28 da Lei de Drogas descredibilizaria o Direito Penal. Apenas um ator pontuou que estas penas seriam um progresso para o direito penal em matéria de penas, por estabelecer para condutas criminosas respostas diversas da prisão.

Foi possível notar, ainda, que os atores consideram as penas do art. 28 benéficas para o autor do fato se houver realmente uma mudança positiva de comportamento deste, ou seja, há entre os atores uma visão de reabilitação do indivíduo. No entanto, embora pontuem esse potencial benefício das penas do art. 28, a maioria chama atenção que a sociedade e mesmo as instituições jurídicas não estão preparadas para oferecer como resposta a um crime penas alternativas à prisão, demonstrando que estas podem causar na sociedade uma sensação de injustiça e impunidade.

Percebemos que há uma legitimação e uma deslegitimação das medidas estabelecidas como pena através do 'rigor' que são atribuídos a elas. Ou seja, as penas só passam a ser oferecidas caso entendam que possuem o rigor necessário para a reprimenda, no entanto esta "avaliação" não é feita para cada caso concreto, respeitando o princípio da individualização da pena, mas sim de forma generalizada de acordo com o que acreditam ser, de modo geral, "mais eficaz".

Percebemos, portanto, que para os entrevistados, a imposição de penas alternativas para crimes seria: i) uma opção mais benéfica para a ressocialização do infrator, no entanto somente ii) a depender do crime (em regra para crimes mais brandos), iii) válida quando houvesse uma sanção em caso de descumprimento (punição pela privação da liberdade), sendo que há a necessidade de se iv) trabalhar com a sociedade a aceitação a

esses tipos de sanções e também os próprios atores jurídicos aceitar as alternativas ao cárcere como penas, v) devendo o rigor penal ser validado por aquele que a aplica.

Quanto a previsão de medidas alternativas para o crime previsto no art. 28 da lei de drogas, percebemos que os entrevistados dizem pensar de um modo, mas atuam de outra forma, justificando a atuação pela vontade do legislador de 2006. Assim, ao mesmo tempo em que há uma verdadeira insatisfação com a figura legislativa de 2006 por esta ter i) ou tipificado a conduta de porte de drogas para consumo pessoal como crime; ii) ou por ter estabelecido penas “sem coercibilidade” como respostas penais para um crime; iii) ou por ter estabelecido a conduta de porte de drogas para consumo pessoal como crime e cominado penas diversas à prisão; os atores atuam em estrita obediência à essa regra legislativa. Sobre essa “confusão” dos próprios entrevistados entre aplicar de acordo com as suas concepções e aplicar de acordo com a “vontade do legislador” é importante nos remeter ao argumento para o qual Álvaro Pires (2011) nos chama atenção:

o próprio sistema de direito enxerga a legislação como ‘expressando a vontade do legislador’ e como uma ‘*fonte do direito*’, ou seja, como uma fonte para fazer emergir um direito pelo direito (...). Mas, ao mesmo tempo, a teoria dos sistemas lembra que é o sistema de direito que determina, no contexto de suas comunicações e decisões, qual é, efetivamente, em cada caso concreto, essa vontade do legislador. (p. 312)

De acordo com a teoria dos sistemas trazida por Luhmann através de Pires, as estruturas podem mudar em razão de sua relação com o tempo. Assim, mesmo que o texto legal expresse uma determinada “vontade”, o sistema cognitivo, através de sua atuação, pode alterá-la. Segundo Álvaro Pires (2011) as estruturas mais exigentes são as estruturas de pensamento centrais dos sistemas sociais, que são as estruturas do sistema cognitivo ou de reflexão do próprio sistema de direito. Essa estrutura teria maior condensação de sentido (dimensão histórico-cultural), duraria mais no tempo e teria maior capacidade e resistência à perturbação. Ou seja, quando os ‘aplicadores do direito’ atuam de forma diversa ao estabelecido legislativamente, o que ocasiona uma inovação no plano concreto.

Em outras palavras, a teoria dos sistemas nos mostra que, na verdade, sendo de interesse dos entrevistados ir de encontro às estruturas que o dispositivo legal estabeleceu, eles assim o fariam. Dessa forma, na verdade, nos parece que “a vontade do legislador” é utilizada pelos entrevistados para justificar as suas próprias ações dentro do processo, sendo feita de forma consciente ou mesmo inconsciente, por tal postura já estar enraizada

no pensamento penal, pela ilusão de simplicidade, tendo em vista a limitação de se fazer exatamente o que foi proposto legislativamente.

Assim, embora todos os entrevistados tenham demonstrado considerar que o uso de drogas não deveria ser crime, quando o legislador estabeleceu como penas principais e únicas para a conduta de uso de drogas a advertência, a prestação de serviços à comunidade, e as medidas de comparecimento a cursos e programas educativos, incidiu em “confusão legislativa”, em “falta de coragem para descriminalizar, optando-se por despenalizar”. É como se as penas tivessem sido imputadas a este crime por equívoco, afinal, como o DIREITO PENAL poderia prever penas alternativas como respostas principais para um crime?

Dentro do que pudemos apreender dos discursos e falas dos atores percebemos que as concepções dos entrevistados ainda revestem-se sob o manto da racionalidade penal moderna.

Pudemos identificar a ilusão de simplicidade, elencada por Pires como um dos problemas da estrutura telescópica da norma e da valorização da aflição como resposta penal. Observamos também o critério da eficácia da pena bem presente, como uma representação da teoria utilitarista, na qual se atribui à pena uma ideia de utilidade para que o indivíduo não mais cometa o crime e sirva de exemplo para que os demais também não o cometam.

Identificamos, ainda, que a estrutura sinédoque apontada por Pires (2004) se encontra bem presente na concepção dos entrevistados. A definição do crime (todo) pela pena aflitiva (parte), faz pensar que um esteja obrigatoriamente atrelado ao outro, sendo muito difícil se pensar, ao menos em um primeiro momento, que as penas que foram impostas ao crime do art. 28 da lei de drogas sejam realmente penas, e não que houve, na verdade, uma despenalização.

Em outros momentos, nos parece que a grande questão que envolve as discussões sobre o art. 28 não é o uso de drogas ser criminalizado ou não, mas sim as penas que são atribuídas a este crime, que dariam um ar de inefetividade ao Direito Penal. Afinal, seguindo essa lógica, esse direito tão autônomo e fechado não poderia ser responsável por prever penas insignificantes – não autônomas e não fechadas (como a prisão) - como resposta estatal.

Percebemos, portanto, que na verdade, não houve uma inovação penal propriamente dita na previsão de penas alternativas como resposta principal e única para o crime do uso de drogas. Como já destacamos<sup>68</sup>, o processo de inovação penal se

---

<sup>68</sup>Vide tópico 3.3.2.

desenvolve a partir de três etapas: a complexificação, a seleção e a estabilização, respectivamente. Identificamos, assim, que embora selecionada pelo sistema normativo nacional, o sistema de direito feirense não adota, não considera, e não reproduz as penas estabelecidas no art. 28 para as operações futuras do sistema. Em outras palavras, embora utilizem as penas – por meio das proposta de TP e das respectivas homologações das “negociações penais”, o atores entrevistados só o fazem por mera aplicação penal, na frágil relação de causa e efeito a que a ilusão de simplicidade faz crer.

A inovação penal, portanto, não chega a se estabilizar, pois não é adotada, difundida e valorizada para as operações subsequentes, ou seja, para outros crimes tutelados pelo direito penal. Ressaltamos, ainda, que tais penas sequer são valorizadas por parte dos entrevistados como penas “verdadeiras”. As penas trazidas pelo art. 28 da lei de drogas não são, portanto, capazes de mobilizar uma mudança de estrutura do pensamento penal no sítio pesquisado.

Esse sistema, no entanto - e infelizmente -, não é apenas adotado no âmbito da justiça criminal feirense. Em São Paulo foi realizada uma pesquisa<sup>69</sup> de tese de doutorado, defendida por Marcelo da Silveira Campos que, dentre outros pontos, comparou, por meio de um modelo de série temporal interrompida, o número de incriminações por trimestre - entre os anos de 2004 a 2009 - de usuários e traficantes.

A referida pesquisa demonstrou e sustentou empiricamente que:

“O dispositivo médico criminal de 2002 e aprovado em 2006 com forte influência de uma concepção médico preventiva do usuário - a concepção de redução de danos – e também com forte caráter repressivo – a valorização e o aumento da pena de prisão – quando recebida pelas organizações e agentes que compõem o sistema de justiça criminal de São Paulo estes tendem a valorizar quase que exclusivamente a pena de prisão (o aumento do tempo do sofrimento) como forma de punição” (p. 168).

A tese teve como um dos resultados que, com a nova lei de drogas, houve um aumento da incriminação de pessoas para o comércio de drogas ao mesmo tempo em que foi diminuída proporcionalmente o número de usuários incriminados. Assim, foi confirmada a hipótese elaborada pelo autor de que “as instituições de justiça criminal,

---

<sup>69</sup>Cf. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal de São Paulo. Marcelo da Silveira Campos.

perante qualquer ideia com o mínimo potencial de inovação – acabam rejeitando-a” (CAMPOS, 2015, p. 172).

Sobre a consideração das penas alternativas da lei de drogas no âmbito da justiça criminal trazemos uma pesquisa realizada no Rio de Janeiro<sup>70</sup> que se desenvolveu entre novembro de 2007 e julho de 2009 e analisou o impacto da nova lei de drogas em relação ao sistema de justiça criminal e os usuários de drogas. Dentre um dos resultados dessa pesquisa, percebeu-se que o sistema de direito carioca (compreendido entre juízes, promotores, defensores e conciliadores do JECrim) “alegavam que a ausência da possibilidade de encarceramento teria esvaziado as garantias de cumprimento, pelos infratores, das medidas alternativas determinadas em juízo” (GRILLO et tal 2011). Ou seja, adentramos novamente na ideia de que, as penas do art. 28 da lei de drogas não seriam “verdadeiras” por não autorizar - ao menos de forma subsidiária - uma aplicação da prisão para garantir o efetivo cumprimento da pena alternativa imposta.

A partir dessas pesquisas percebemos que o sistema de direito ainda tem dificuldades em privilegiar respostas alternativas à prisão em detrimento do encarceramento. Sobre essa dificuldade, consideramos que o grande obstáculo às alternativas penais é o pensamento produzido e sedimentado pela racionalidade penal moderna. Cauchie (2009) traz uma interessante alusão sobre o muro das prisões e muro das ideias, em que mostra que os atores apresentam dificuldades de aceitar ou ao menos estar entreabertos para que emergam estruturas cognitivas que valorizem soluções alternativas (CAPPI, 2017, p. 206). Conforme elucida em seu texto:

“não é esse muro o adversário mais cruel das tão mal denominadas alternativas à prisão? Esse muro, que o direito criminal construiu pacientemente há 205 anos, para barrar toda sanção que não merecesse o nome de punição. Esse muro, que aparece cada vez que se tenta pensar de outro modo que em termos de retribuição, exclusão ou estigmatização; cada vez que abordam questões relativas à segurança, periculosidade, risco, dissuasão ou denúncia. Esse muro, que aparece cada vez que se questiona a associação crime/pena, a obrigação de punir, ou ainda, a naturalização de uma semântica aflitiva da pena (2009, p. 36). APUD CAPPI, 2017, 211).

---

70Cf: A "dura" e o "desenrolô": efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. DOSSIÊ "CRIME, SEGURANÇA E INSTITUIÇÕES ESTATAIS: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS". Carolina Christoph Grillo; Frederico Policarpo; Marcos Veríssimo. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782011000300010](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300010). Acesso em 24 de setembro de 2017.

Rodeados por esse muro, invisível em sua essência, mas forte em seus sentidos, o sistema reproduz o que foi gradualmente construído pelas diversas teorias da pena e sedimentado pela racionalidade penal moderna.

Nessa lógica é que trazemos que o sistema de ideias - nas considerações do Morin (1977), abstraídas de Xavier (2015) -, é mais do que uma teoria, pois abarca uma série de teorias que, quando analisadas isoladamente, podem parecer contraditórias, mas que em seu conjunto expressam o mesmo sentido. Assim, se um ator considera uma pena verdadeira por esta ter a função de dissuadir o indivíduo e os outros, há outrem que justifique a sua necessidade pela retribuição, outro pela denúncia ou neutralização. Embora justificativas diferentes, que expressam teorias diferentes, a substancialização é a mesma (XAVIER, 2015, p. 450).

Dessa forma, considerando a substancialização do sistema das ideias, temos que o único sistema capaz de mobilizar realmente o sistema de direito é ele próprio, através da reflexão da estrutura cognitiva sobre as questões ao seu redor.

Percebemos, assim, e empiricamente, que a afirmação trazida por Pires (2011) se confirma. Uma inovação puramente legislativa não é suficiente para alterar as estruturas, pois a prática é mobilizada por outro sistema, o dos “operadores jurídicos”. Dessa forma, mesmo que uma inovação no âmbito legislativo seja bastante interessante (e sim, podemos considerar um avanço) ela pode acabar expressando o oposto, um recrudescimento em sua prática. Conforme pudemos depreender da pesquisa de Campos (2015), a redução de incriminações por uso resultou em um aumento de incriminações por tráfico. Ou seja, para aqueles que aplicam a lei, a não aceitação dos dispositivos inovadores serviu para privilegiar ainda mais – e para alguns – a punição aflitiva.

Se percebemos, por um lado, que uma inovação, para ser aceita como tal, deve, dentre outras etapas, ser consolidada pelo sistema cognitivo, não devemos desprezar, por outro, as faíscas inovadoras que encontramos nas práticas e nos discursos apresentados.

Assim, identificamos na nossa pesquisa algumas posturas diversas das posturas tradicionais dos atores da justiça criminal e que se mostram como uma possibilidade de abertura dos atores jurídicos feirenses entrevistados em pensar uma forma diferente de usar o direito penal.

Diante de uma maioria de atores que não se faz presente nas audiências preliminares e, ainda, consideram esta participação desnecessária, tivemos a efetiva participação de um dos atores na audiência preliminar e na negociação da transação penal, considerando estas como formas importantes de se humanizar o processo penal. Tivemos,

por alguns atores, que as penas alternativas podem ser pensadas como respostas que diminuam o elevado custo do cárcere para o judiciário e os efeitos negativos deste para o infrator, sendo um avanço se pensar em alternativas à prisão como resposta para o crime. E, ainda, tivemos que as penas alternativas são um potencial benefício para o infrator, caso haja mudanças positivas na vida deste. Embora este último ponto apresente uma visão corretiva do usuário, mostra-se como uma justificativa positiva para reduzir os efeitos negativos da pena de prisão.

Temos, assim, que embora a estrutura de resposta penal pelas penas aflitivas ainda domine, alguns passos diversos a esta foram dados. A legislação de drogas oferece uma abertura suficiente para se pensar penas de forma diversa ao cárcere e humanização do processo penal, sendo necessário, para tanto, efetivar essas medidas e consolidar as ações 'inovadoras' já selecionadas.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com esta pesquisa, objetivamos conhecer como os juízes e promotores feirenses envolvidos com a aplicação do art. 28 da Lei de Drogas lidam com as penas estabelecidas para esse crime. Para isso, utilizamos uma metodologia variada, que, no campo empírico, utilizou métodos quantitativos e qualitativos.

A pesquisa quantitativa nos permitiu visualizar as práticas de alguns atores jurídicos, os que atuaram nos processos de porte de drogas para consumo pessoal nos anos de 2013 a 2015. Mais do que uma posição dos atores em relação a conduta do crime de uso de drogas e a transação penal oferecida e homologada, estudamos o modo de atuação deles no processo como um todo.

Percebemos, como isso, que, ao menos inicialmente, não parecia haver critérios (como o tipo e quantidade de drogas ou as circunstâncias sociais, raciais, de gênero) para o oferecimento da transação penal pelo MP e a sua homologação pelo juiz. Identificamos, ainda, que na maioria dos processos os promotores não participavam das audiências preliminares e que o oferecimento das transações penais era feito por manifestação escrita, antes mesmo da distribuição dos processos para as varas. Dos 242 processos estudados, o ministério público compareceu apenas em 14 audiências, as quais não foram realizadas devido à ausência dos autores do fato. Além disso, nos pareceu que os tipos de transações penais propostas estavam intimamente relacionadas com o promotor que atuou no processo, bem como a frequência do seu oferecimento. Diante desses resultados, foi importante compreender qual a importância que tais atores atribuíam ao crime do art. 28 da lei de drogas, bem como a sua atuação no processo.

Assim, essas constatações foram interessantes e serviram de base para compormos o roteiro de perguntas a serem feitas aos juízes e aos promotores.



Adentramos, dessa maneira, no método qualitativo a partir das entrevistas semiestruturadas. Através delas, pudemos identificar não só como os atores se percebiam dentro do processo, mas também confrontar essa percepção com os modos de atuação deles a partir das práticas identificadas nos estudos dos processos.

Através da análise dos dados que obtivemos com as entrevistas, confirmamos os resultados até então obtidos sobre o critério para oferecimento de transação penal, participação nas audiências e tipos e frequências de penas oferecidas pelos promotores. O presente estudo revelou que a maioria dos entrevistados demonstra não se importar com o crime do art. 28 em si, não participam das audiências e limitam a possibilidade de negociação da transação penal, no entanto, ao mesmo tempo, entendem que a única, ou ao menos mais eficaz, medida que garanta o cumprimento da transação penal é a previsão de uma pena privativa de liberdade ou outra medida igualmente coercitiva. Ou seja, nessa perspectiva, a pena alternativa deveria estar lastreada em uma pena de prisão.

Percebemos, ainda, que a maioria dos entrevistados, ao menos em um primeiro momento, entende que com a previsão das medidas alternativas do art. 28 da lei de drogas houve, na verdade, uma despenalização para a conduta do crime de uso de drogas. Não foi vislumbrado que as penas do art. 28 da Lei de Drogas constituíram um avanço para o direito penal e que, na verdade, acarretam prejuízos para esse direito em virtude da resposta estatal insignificante. As penas alternativas, todavia, foram consideradas benéficas para o autor do fato se houver realmente uma mudança positiva de comportamento deste, ou seja, havendo a “reabilitação”.

Através dessas constatações e dos argumentos expostos e explicados ao longo deste trabalho, percebemos nos discursos e práticas dos atores estudados a perspectiva da racionalidade penal moderna. O conceito do crime definido pela pena junto ao de pena definida pela privação da liberdade, a ilusão de simplicidade entre a lei e a sua “necessária” aplicação judicial são tão enraizados no pensamento penal que constituem um obstáculo à alteração do sistema de pensamento, por um lado, e à proposta de se estabelecer respostas penais diversas ao cárcere, por outro.

No entanto, quando pensamos em nosso sistema penal, percebemos que ele enfrenta uma crise e a resposta que é dada às condutas criminosas - a prisão -, não é mais, há muito tempo, considerada como a mais adequada. Todavia, mesmo diante dessa realizada e mesmo a lei de drogas, para a figura do usuário, tendo apresentado uma possibilidade de se pensar diferente no âmbito penal, esse paradigma dominante prevalentemente punitivo e encarcerador ainda não consegue ser quebrado, a partir do que a pesquisa nos mostra, no campo estudado. Imaginem que, se mesmo diante de uma

conduta de menor potencial ofensivo (como a conduta do porte de drogas para consumo pessoal), em que a própria lei confere a aplicação de medidas exclusivamente não privativas de liberdade, há uma clara preocupação dos operadores com a coercibilidade (para os atores, leia-se o efetivo cumprimento da pena estar respaldado na previsão de uma pena de prisão), como então seria se a questão analisada nessa pesquisa fosse o crime de tráfico, por exemplo?

Poderíamos recair, talvez, no que foi identificado por Campos (2015) em sua pesquisa, e perceber que a redução nas incriminações de uso resultou em um aumento de incriminações por tráfico. Poderíamos perceber também que em contrapartida às penas alternativas previstas houve um recrudescimento na aplicação das penas para o tráfico de drogas. Esses pontos, no entanto, embora interessantes, não foram objetos da presente pesquisa, podendo ser discutidas em um momento próximo.

O fato é que, a partir dos resultados aqui obtidos, identificamos que ainda é muito difícil se pensar fora da caixa da racionalidade penal moderna e, se essa dificuldade ainda está presente em relação a crimes menores, significa que, nessa perspectiva, nossos presídios continuarão abarrotados de presos provisórios e condenados por crimes como os de tráfico de drogas, roubo, latrocínio e homicídio, dando continuidade à punição meramente retributiva e dissuasiva que as teorias da pena há muito tempo estabeleceram como únicas e necessárias respostas ao crime, sem se preocupar verdadeiramente com a ressocialização do indivíduo e prevenção social.

Nossa pesquisa, que possui um recorte local – a cidade de Feira de Santana – poderia ser reproduzida em outros *locus*, buscando identificar empiricamente como os “operadores” do direito, de maneira macro, lidam com a questão das penas do art. 28 e se estão igualmente submersos no pensamento penal dominante. Descobri, ao longo desses anos como uma pesquisadora iniciante, que pesquisar empiricamente é trazer a realidade para a discussão, questioná-la, de modo que nos permita tentar desconstruir o que está posto, diferentemente das meras reproduções doutrinárias dos manuais de direito, como geralmente lidam os trabalhos em nossa área.

Dessa forma, para questionar a realidade posta e mobilizar o sistema cognitivo e de reflexão, é necessário se debater sobre a questão, levantar as novas perspectivas e discutir sobre novas formas de enfrentamento penal, diferentes do tradicionalmente previsto pela justiça criminal. A lei de drogas, por exemplo, possui uma abertura suficiente para se pensar formas diversas de lidar com uma conduta criminosa. Essa pesquisa, portanto, visou contribuir para o debate sobre isso.

## 8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 08 de out. de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em 25 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1608398 / RS. Brasília, DF, 08 de março de 2016. **Dje 07/12/2016**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1608398+&&b;=ACOR&t hesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re nº 430105 QO. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. **Dje-004 Divulg 26-04-2007**. Brasília, Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(DESPENALIZA+O+LEI+DE+DROGAS\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapp3w3t](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(DESPENALIZA+O+LEI+DE+DROGAS)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yapp3w3t)> Acesso em 31 de jul 2017>. Acesso em: 31 jul. 2017.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 2, jan 2015, p. 156-173.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade**: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. 313 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CANNEL, Charles; KAHN, Robert. Coleta de dados por entrevista. In: FESTINGER, Leon e KATZ, Daniel. **A Pesquisa na Psicologia Social**. Editora: Fundação Getúlio Vargas. Ano: 1974.

CAPEZ, Fernando. A Nova Lei de Tóxicos: Modificações Legais Relativas à Figura do Usuário. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 14, 2006, p. 67

CAPPI, Riccardo. **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos do controle e figuras do perigo**. Belho Horizonte: Letramento, 2017. 368 p.

CAPPI, Riccardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 – 2010). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, Vol. 1, nº 1, Jan. 2014, pag. 10-27.

DEUS, Cleber Candido de. **A aplicação das alternativas penais aos usuários ou dependentes de drogas: repercussões quanto ao acesso à justiça**. 2013. 113f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Faculdade de Serviço Social, PUCRS. Porto Alegre - RS

DUBÉ, R. Éléments de théorie sur les commissions de réforme du droit et l'innovation cognitive en matière de justice pénale: contributions conceptuelles de Michel Foucault et de Niklas Luhmann. **Champ Pénal**. 28 de set. de 2007. Disponível em: <URL: <http://champpenal.revues.org/694>> Acesso em 16 de jul. de 2015.

GOMES, L. F. et. al. Nova lei de Drogas comentada. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 100.

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. A "dura" e o "desenrolo": efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. **Revista de Sociologia e Política**, [s.l.], v. 19, n. 40, p.135-148, out. 2011. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-44782011000300010>.

JESUS, Damásio Evangelista. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. São Paulo, 1995, p. 62. In: BREGA FILHO, V., et al. orgs, **A Nova Lei de tóxicos : Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 16, 2007, p.20.

KARAM, Maria Lúcia. **Legalização das drogas**. 1 ed. São Paulo: Estúdio editores.com, 2015. 77 p.

LINS, E. A nova lei de drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, assistência e na reinserção social. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. **Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas**. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, p. 243-267.

MACHADO, M. R. Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena, de Álvaro Pires. In: Clássicos Jurídicos. Instituições do Direito Penal. Vol.1. Disponível em: [https://www.academia.edu/25549866/Beccaria\\_e\\_a\\_racionalidade\\_penal\\_moderna\\_na\\_historia\\_dos\\_saberes\\_sobre\\_o\\_crime\\_e\\_a\\_pena\\_de\\_%C3%81lvaro\\_Pires](https://www.academia.edu/25549866/Beccaria_e_a_racionalidade_penal_moderna_na_historia_dos_saberes_sobre_o_crime_e_a_pena_de_%C3%81lvaro_Pires). Acesso em 01 de set. 2017.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: < <http://www.more.ufsc.br/> > . Acesso em: 03 de jan. 2018.

PINHEIRO, Nathalia Tavares. **Justiça Restaurativa E Justiça Juvenil Em Feira De Santana: Desvendando Os Modos De Pensar Dos Atores**. Orientador: Riccardo Cappi. Feira de Santana. Universidade Estadual de Feira de Santana, 2015. Monografia (Graduação em Direito).

PIRES, A.; CAUCHIE, J. Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas: a lei brasileira de drogas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n.13, p. 299-329, jan-jun 2011.

PIRES, Álvaro Penna. Racionalidade penal moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos**, n. 68. São Paulo: CEBRAP, 2004, pp. 39 a 60.

PIRES, Álvaro. **Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne**. 1998. Edição digital realizada em 24 de agosto de 2006 em Chicoutimi, Ville de Saguenay, província de Quebec, Canadá. Disponível em: [http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires\\_alvaro/formation\\_rationalite\\_penale\\_moderne/1\\_aspects\\_rationalite\\_penale/1\\_aspects\\_rationalite\\_penale.html](http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/formation_rationalite_penale_moderne/1_aspects_rationalite_penale/1_aspects_rationalite_penale.html). Acesso em 25 de nov. 2017.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. **Obrigação de punir: racionalidade penal moderna e as estratégias de controle da violência doméstica contra a mulher**. 2014. 251 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Programa de Pós-graduação em Sociologia da Universidade Federal de Sergipe, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2014.

ROCHA, Osmar de Oliveira. **A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas**. 2008. 51f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC, -- Taguatinga – DF.

RUQUOY, D. Práticas e Métodos em Investigações Sociais. Situação de entrevista e estratégia do entrevistador. In: L. ALBARELLO et. al. **Práticas e Métodos de investigação em Ciências Sociais**. Lisboa: Gradiva, 1997. pp. 84-116.

SALIBA, M. G. A Nova Lei de Tóxicos: Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica. **Revista Magister de Direito Penal**. Ano III, n. 16, p. 10-25, fev-mar 2007.

TRAD, S. Controle do uso de drogas e prevenção no Brasil: revisitando sua trajetória para entender os desafios atuais. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. **Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas**. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, pp. 97-112.

XAVIER, J. R. Algumas notas sobre a entrevista qualitativa de pesquisa. In: MACHADO, Maíra Rocha. **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. pp. 119-160.

XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais / Reforming the criminal justice system through its system of thought. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p.438-463, 4 nov. 2015. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2015.19109>.

#### *Matérias na imprensa:*

FOLHA UOL. **Saiba quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

G1. **Brasil é o 11º país mais inseguro do mundo no índice de progresso social**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progresso-social.html>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

GAUCHAZH. **Veja quais foram as rebeliões e fugas em massa nas prisões brasileiras em 2017**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/01/veja-quais-foram-as-rebelioes-e-fugas-em-massa-nas-prisoas-brasileiras-em-2017-9388668.html>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

TERRA. **Mais uma rebelião com mortes em presídio brasileiro**. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/mais-uma-rebeliao-com-mortes-em-presidio-brasileiro,437b596707df238590e02a00d6547277t9xd6rxa.html>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

#### *Relatórios e Dados:*

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Infopen. 2014.

DIRETORIA DE ESTUDOS E POLÍTICAS DO ESTADO, DAS INSTITUIÇÕES E DA DEMOCRACIA. **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas**: Relatório de Pesquisa – Sumário Executivo. 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública** – **2015**. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario\\_2015.retificado\\_.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf). Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

PROGRESSO SOCIAL. **IPS 2016 – RESUMO EXECUTIVO (PORTUGUÊS)**. Disponível em: <http://www.progressosocial.org.br/world/ips-2016-resumo-executivo-portugues/>. Acesso em: 03 jan. 2018.

## UMA BREVE ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET

**MARIANA OLIVEIRA SANTOS:**

Bacharela em Direito pela  
Universidade Federal de Sergipe.  
Advogada.

**RESUMO:** Com a expansão da Internet, para além da comodidade oferecida pelo mundo digital, também se observou um aumento na violação de direitos dos usuários da rede. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo fazer uma breve análise da responsabilidade civil dos provedores de internet quando diante de uma lesão aos interesses dos particulares.

**PALAVRAS-CHAVES:** Responsabilidade Civil; Provedores de Internet.

**ABSTRACT:** Due to Internet's increase, beyond the comfort offered by the digital world, it was also observed an increase in violation of the users' rights. Therefore, this article aims to make a brief analysis of the civil responsibility of internet providers when faced with an injury to the interests of individuals.

**KEYWORDS:** Civil Responsibility; Internet Providers.

### 1. Introdução

A sociedade da informação, consolidada a partir da segunda metade do século XX, foi alvo de mudanças rápidas e complexas. Se por um lado a Revolução Industrial demorou décadas para se firmar como um efetivo marco de mudanças sociais, e por muito tempo ficou restrita a uma pequena parte do globo, por outro, as transformações oriundas do surgimento da Internet, além de acontecerem numa velocidade alarmante, conseguiram englobar, já de início, boa parte das nações. (VASCONCELOS, 2007, p. 16)

De acordo com Noberto Bobbio (2004, p. 19), em sua obra *A Era dos Direitos*:

Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.

O surgimento da Internet trouxe para os usuários diversas comodidades, pois, hoje, tudo pode ser feito pela *web*, desde comunicações através das redes sociais até transações



de natureza comercial. Contudo, com essa expansão da Internet, houve um aumento também das violações dos direitos dos indivíduos.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo realizar uma breve análise da responsabilidade civil dos provedores de internet quando diante de uma lesão aos interesses dos usuários, sobretudo tendo por base as disposições normativas do Marco Civil da Internet.

## **2. Breve panorama acerca da responsabilidade civil**

A ordem jurídica tem por principal objetivo a proteção do lícito e a repressão do ilícito. Para tanto, são estabelecidos deveres jurídicos ao indivíduo, os quais podem ser originários ou sucessivos. Caso um dever jurídico originário, também chamado de obrigação, seja violado, nascerá um dever jurídico sucessivo que consiste em indenizar o prejuízo causado.

A responsabilidade civil, portanto, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 16), consiste num “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

O descumprimento da obrigação (dever jurídico originário) e a consequente responsabilização do agente pode ocorrer de forma contratual ou extracontratual. No primeiro caso, basta tão somente o descumprimento de cláusulas contratuais para ensejar a responsabilidade civil. No segundo caso, a responsabilidade decorre da violação da cláusula geral “*neminem laedere*”, a qual afirma que na vida em sociedade, em razão dos riscos que a perpassam, deve-se adotar uma conduta de modo a não lesar ninguém. Portanto, no caso da responsabilidade civil extracontratual, o ônus da prova é muito maior.

A responsabilidade civil classifica-se, ainda, em subjetiva ou objetiva. No caso da responsabilidade civil subjetiva, é necessário provar o dano, o nexo causal e a conduta culposa do agente, enquanto na objetiva basta provar a lesão ao bem ou interesse jurídico e o nexo de causalidade. Consigne-se que, consoante Cavalieri Filho (ibidem, p. 238) “a responsabilidade subjetiva se restringe às relações interindividuais [...], enquanto a objetiva domina todas as relações entre o grupo e o indivíduo [...]”.

No código civil de 1916, a responsabilidade civil era eminentemente subjetiva, por isso, nas palavras de Cavalieri Filho (ibidem, p. 2), “a culpa era a grande vedete da responsabilidade civil; nada acontecia sem a sua participação”. No entanto, em razão de fatores como a Revolução Industrial e a busca pela justiça social na construção de uma sociedade solidária, emerge a ideia de uma responsabilidade objetiva. Nesta, a vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, será o enfoque central.

Hoje, no Brasil, a responsabilidade civil é preponderantemente objetiva, lastreada sobretudo na Teoria do Risco. Por meio desta teoria, “aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente” (ibidem, p. 215). O risco pode ser *proveito*, devendo ser o dano reparado por aquele que obtiver alguma vantagem com o ato lesivo; *profissional*, quando decorre da atividade ou profissão de quem foi lesado; *criado*, oriundo do ato de alguém em colocar em funcionamento alguma atividade que crie um ambiente propício para um evento danoso; e *integral*, por meio do qual pode haver o dever de indenizar ainda que se atenuem o nexo causal.

Por outro lado, a responsabilidade civil, na sua forma subjetiva, alicerça-se em três pilares: conduta culposa, nexo de causalidade e dano, e encontra previsão no art. 186 do Código Civil. Da leitura do dispositivo legal, é possível identificar que a conduta culposa do agente se manifesta por meio da expressão “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”; o nexo de causalidade se faz presente a partir das expressões “violar” e “causar” e o dano, por sua vez, se revela através da expressão “violar direito e causar dano a outrem”. Diante disso, evidencia-se que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, conforme prevê o art. 927 do CC/02.

Não pairam dúvidas, portanto, de que a responsabilidade civil em sua acepção tradicional (subjetiva) exige da vítima a superação de duas sólidas barreiras para que seja reparada pelo dano sofrido: a demonstração da culpa do agente e o nexo de causalidade entre a conduta deste e a lesão. Frise-se que, embora hoje o Direito vivencie o que Anderson Schreiber (2015) chama de “erosão dos filtros tradicionais”, em que culpa e nexo causal perdem forças na determinação da responsabilidade civil, os referidos pilares ainda representam importantes óbices à enxurrada de demandas de ressarcimento no judiciário brasileiro.

A culpa *lato sensu* compreende tanto o dolo quanto a culpa *strictu sensu*. Em ambos, há conduta voluntária do agente, mas, no primeiro, a conduta já nasce ilícita, e, no segundo, a conduta, embora nasça lícita, torna-se ilícita na medida em que começa a se afastar dos padrões sociais. De um modo geral, o dolo é, para Cavalieri Filho (op. cit, p. 49), “a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito”, enquanto a culpa é “violação de dever objetivo de cuidado” (ibidem, p. 50).

No entanto, não basta que o indivíduo tenha adotado uma conduta ilícita, é preciso que tal conduta tenha causado um dano à vítima, isto é, é essencial que haja uma relação de causa e efeito. De acordo com Cavalieri Filho (ibidem, p. 67), “o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”. O Código Civil, adotando a teoria da causalidade adequada, considera que a causa jurídica do dano é o evento que a ele se vincula diretamente, sem que haja interferência de outra condição.

Para além desses filtros de reparação, saliente-se que não há como conceber a responsabilidade civil sem fazer alusão ao dano. Este consiste na “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima.” (ibidem, p. 103). Ele se encontra no centro da obrigação de indenizar, porquanto, embora seja possível uma responsabilidade civil independentemente da conduta culposa do agente, ou até mesmo se admita a flexibilização do nexa causal, não há como estabelecer o dever de reparar sem que tenha ocorrido uma lesão a um interesse de alguém.

Ainda referente aos danos, de acordo com Anderson Schreiber (op. cit, p. 3), “a sociedade contemporânea assiste a uma dupla expansão, que compreende não apenas os meios lesivos, mas também os interesses lesados”. No tocante aos meios lesivos, constata-se que, devido à evolução tecnológica, há um crescimento dos mecanismos aptos a causar danos aos indivíduos, como por exemplo, a internet. Observa-se, também, o crescimento dos interesses lesados na medida em que novos direitos vão surgindo, como a privacidade e a imagem, e com eles, novos danos também se manifestam.

Por isso, entende-se que a constitucionalização do direito civil refletiu de forma latente no âmbito da responsabilidade civil. Através dela, novos direitos passam a ser protegidos pela legislação, fazendo com que também surjam novos danos, o que revela uma maior sensibilidade do ordenamento jurídico com aspectos existenciais da personalidade humana.

Com efeito, do mesmo modo que a Internet facilita o contato entre as pessoas e democratiza o acesso à informação, também se torna palco das mais diversas violações aos direitos da personalidade. A fim de resguardar os direitos dos indivíduos, bem como os da coletividade, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) surge como mecanismo regulador do uso dessa ferramenta no Brasil. No que tange à responsabilidade civil, esse instrumento legal também desempenha um relevante papel.

Chiara Spadaccini de Teffé e Maria Celina Bodin de Moraes (2015, p. 112) dispõem que, com o Marco Civil da Internet:

[...] a internet brasileira se encontra alicerçada em um tripé axiológico formado pelos princípios da neutralidade da rede, da privacidade e da liberdade de expressão, que estão ligados entre si. Enquanto a neutralidade da rede reforça a liberdade de expressão, a privacidade representa seu limite.

Nesse sentido, o art. 3º, VI do Marco Civil da Internet dispõe que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como princípio a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades. Os referidos agentes podem ser tanto os usuários propriamente ditos, quanto os fornecedores e administradores do sistema. Isto é, por meio dessa responsabilização, o diploma legal busca reparar os danos causados por terceiros usuários, bem como por aqueles que constituem a própria rede, ou seja, os provedores.

Por oportuno, mister se faz destacar que, segundo Flávio Tartuce (2018, p. 50), três são as funções da responsabilidade civil: compensatória, sancionatória e preventiva. Quanto à primeira, a “responsabilidade civil é concebida como um mecanismo social para a trasladação dos custos” (ibidem, p. 50), isto é, através da responsabilização, transmitem-se os custos do evento danoso da vítima para o ofensor. Destarte, busca-se, com a compensação do dano, retornar ao estado em que antes se encontrava, ao *statuo quo ante*.

A segunda função é passível de muitas críticas e consiste em punir o ofensor pela conduta reprovável. Na verdade, ela apresenta um caráter pedagógico de desestímulo a novas condutas semelhantes. Portanto, encontra-se intimamente ligada à terceira função, qual seja, a preventiva. Esta, do mesmo modo, busca desincentivar novos comportamentos ilícitos, de modo a evitar futuros danos. Pode-se afirmar, portanto, que ambas compõem uma função punitiva-pedagógica.

Lastreando-se no que se observa no ambiente digital, a responsabilidade civil decorrente do uso da internet não trata de assuntos técnicos e precisos, mas sim “envolve temas suprajurídicos, afeitos a valores existenciais, filosóficos, sociológicos e até cibernéticos oudigitais, que sempre trazem dificuldades de aplicação e concretude.” (ibidem, p. 913). Nesse campo, há uma maior dificuldade em se compreender qual é o dever jurídico originário imputado ao usuário da rede e aos provedores, especialmente quando se coloca numa balança o conflito entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos da personalidade do indivíduo.

### **3.Provedores de Internet**

A Internet é, segundo Marcel Leonardi (2007, p. 56) “uma rede internacional de computadores conectados entre si”, através da qual torna-se possível a troca de informações de qualquer natureza em escala global, de um modo nunca visto anteriormente. Ademais, por possibilitar uma conexão global, não há nenhum organismo internacional ou entidade que exerça controle absoluto sobre esse meio. A ausência de governança centralizada implica que a regulamentação da rede é feita dentro de cada país, que possui liberdade para estabelecer regras, inclusive, sobre a responsabilidade civil os provedores de internet.

Antes de abordar como ocorre a responsabilidade civil dos provedores, mister se faz conceituá-los e entender como se comportam. Os provedores de serviços de internet são intermediários necessários para que cada usuário tenha acesso à Internet, isto é, consistem na “pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela” (ibidem, p. 58). Nesse sentido, os provedores de serviços na internet são o gênero dos quais são espécies os provedores de backbone, de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo.

Os provedores de *backbone* são “as estruturas físicas pelas quais trafega quase a totalidade dos dados transmitidos através da Internet, e é usualmente composto de múltiplos cabos de fibra ótica (sic) de alta velocidade” (ibidem, p. 20). Trata-se da “espinha dorsal” da Internet. A Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) não fez menção a essa categoria de provedor, uma vez que não há uma relação jurídica direta do usuário final da Internet com ele. No Brasil, o principal exemplo é a Embratel.

Os provedores de acesso, por sua vez, são as pessoas jurídicas fornecedoras de serviços que possibilitam o acesso de seus consumidores à Internet. De acordo com Leonardi (ibidem, p. 23), “é por intermédio do provedor de acesso que o usuário comum de Internet utiliza a rede, pois os custos de estabelecimento e manutenção de uma conexão direta à Internet são muito elevados”. O Marco Civil da Internet faz menção a esse tipo de provedor sob a nomenclatura provedor de conexão. Os provedores de acesso ou de conexão mais conhecidos no Brasil são Net Virtua, Brasil Telecom, GVT e operadoras de telefonia celular como TIM, Claro e Vivo.

Existem, ainda, os provedores de correio eletrônico, os quais são fornecedores de “serviços que consistem em possibilitar o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, armazenar as mensagens enviadas [...] e permitir, somente ao contratante do serviço, o acesso ao sistema e às mensagens, mediante o uso de um nome de usuário e senha exclusivos” (ibidem, p. 26). Saliente-se que há uma relação jurídica de consumo entre os usuários, o qual é destinatário final do serviço, e o provedor em questão, havendo um nítido contrato de adesão. Os provedores mais conhecidos são Gmail (Google), Yahoo e Hotmail/Outlook (Microsoft).

Os provedores de hospedagem são pessoas jurídicas fornecedoras de “serviços de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante” (ibidem, p. 27). Os principais exemplos são Youtube, Spotify e redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter. Embora as redes sociais tenham como função, principalmente, a hospedagem de páginas ou arquivos disponibilizados por terceiros, é

possível que disponibilizem informações por elas criadas, e nestes casos são classificadas como provedores de conteúdo.

Os provedores de conteúdo são classificados em três subespécies: provedores de conteúdo em sentido estrito, provedores de informação e provedores de busca. Os provedores de conteúdo em sentido estrito são as pessoas naturais ou jurídicas que disponibilizam informações na internet, armazenando-as em servidores próprios ou em provedores de hospedagem. De um modo geral, engloba desde os blogs pessoais até os portais de notícias. Eles não se confundem com os chamados provedores de informação, pois estes são as pessoas naturais ou jurídicas que criam a informação divulgada, consistindo no efetivo autor, o qual se vale do provedor de conteúdo para publicizar seus escritos.

Os provedores de busca ou pesquisa, como terceira categoria dos provedores de conteúdo, desempenham o papel de “explorar e identificar informações, arquivos ou o sítio de outros provedores e indicar links em que podem ser encontrados termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário” (COLAÇO, 2017, p. 13). Como principais exemplos desse tipo de provedores, tem-se o Google, o Bing e o Yahoo. A prestação de serviços, nesses casos, ocorre através da utilização de algoritmo, o qual seleciona as principais páginas sobre o assunto pesquisado.

O Marco Civil da Internet apenas tratou de duas categorias de provedores: os provedores de conexão e os de aplicações de internet. Por oportuno, cumpre mais uma vez destacar que os provedores de conexão são os provedores de acesso acima destacados. Os provedores de aplicações de internet, a seu turno, englobam os provedores de correio eletrônico, os provedores de hospedagem e os provedores de conteúdo. Feitos os devidos esclarecimentos, passa-se a análise da responsabilidade civil dos provedores de internet.

#### **4. Responsabilidade civil dos provedores de internet**

Antes do Marco Civil da Internet, o entendimento jurisprudencial dominante sustentava que era necessário comprovar a culpa da empresa para que surgisse o dever de indenização em virtude de atos de terceiros. Exigia-se que, antes de eventual propositura de ação judicial com objetivo de reparação dos danos, a vítima comunicasse extrajudicialmente o provedor acerca do conteúdo ofensivo e este apenas seria responsabilizado pela ofensa se não tirasse o conteúdo do ar. Isso denota, portanto, uma responsabilidade civil do tipo subjetiva.

Essa exigência de prévia comunicação está em consonância com a doutrina do *notice and take down* adotada pelos Estados Unidos no “Communications Decency Act – CDA” e no “Digital Millenium Copyright Act – DMCA e pela União Europeia na Diretiva

2000/31. Essa doutrina aponta para a necessidade de primeiramente se notificar o provedor de internet para que este retire do ar eventual conteúdo ofensivo e, somente se o pedido não fosse atendido, haveria responsabilização. Reitere-se que essa notificação não ocorre de forma judicial, mas sim previamente à propositura de eventual demanda de reparação de danos (BOECHAT, 2012).

Sucedem que esse entendimento sempre gerou inúmeras controvérsias na doutrina. Flávio Tartuce (op. cit, p. 941) entende “pela aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, retirada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, por oferecer o mundo digital uma série de riscos aos usuários.”. Com efeito, observa-se que os provedores de serviços de internet desempenham atividade de risco e “aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas sim a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos” (CAVALIERI, op. cit, p. 255).

É possível compreender o risco da atividade dos provedores de serviços de Internet como sendo inerente ou criado. O risco será inerente quando a própria natureza da atividade, a sua qualidade ou forma de desempenho assim indicarem. A seu turno, o risco será criado ou adquirido quando a atividade por si só não oferece perigo, mas é possível que venha a se tornar perigosa a depender da forma como for desempenhada. Nesse sentido, Tartuce (op. cit, p. 241) leciona:

Todavia, não se pode dizer que manter um lugar digital, por si só, implica riscos. Ilustrando, não é possível afirmar que ter um blog para a veiculação de notícias representa riscos a outrem. No entanto, manter e administrar uma grande comunidade de relacionamentos gera riscos de lesão à intimidade alheia. O risco fica superdimensionado no caso de se manter um site com material pornográfico tido como amador.

Nesta toada, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Inteligência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil cumulado com o art. 5.o, inciso IV, da Constituição Federal, mormente porque a atividade desenvolvida pela provedora de ‘hosting’ implica, por sua natureza, em riscos à esfera jurídica de terceiros. A provedora deve adotar as cautelas necessárias para possibilitar a identificação de seus usuários, especial porque, no caso concreto, se trata de servidor de hospedagem que disponibiliza espaço em seu domínio a assinantes

que oferecem uma contraprestação financeira pelo serviço de hospedagem” (TJRS, Acórdão 70026684092, 9.a Câmara Cível, Caxias do Sul, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 29.04.2009, DOERS 14.05.2009, p. 61).

Marcel Leonardi (2010), por outro lado, entende que “as atividades dos provedores de serviços de Internet não podem ser consideradas atividades de risco, nem atividades econômicas perigosas”. Os autores que seguem esse posicionamento justificam que os prestadores intermediários de serviços de internet não se sujeitam a uma obrigação geral de verificar as informações que transmitem ou armazenam, ou até mesmo de investigar eventuais ilícitos praticados em seu ambiente. Diante disso, não seria plausível adotar nestes casos a responsabilidade civil do tipo objetiva.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Agravamento regimental no agravo (art. 544 do CPC). Ação indenizatória por dano moral. Criação de perfil falso em sítio de relacionamento (Orkut). Ausência de retirada imediata do material ofensivo. Desídia do responsável pela página na internet. Súmula n. 7 do STJ. Decisão monocrática negando provimento ao recurso. Insurgência da ré. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que **‘o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02’** (REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08.05.2012, DJe 19.06.2012). **Contudo, o provedor de internet responderá solidariamente com o usuário autor do dano se não retirar imediatamente o material moralmente ofensivo inserido em sítio eletrônico.** 2. Revela-se impossível o exame da tese fundada na inexistência de desídia da recorrente ao não retirar o perfil denunciado como falso e com conteúdo ofensivo, porque demandaria a reanálise de fatos e provas, providência vedada a esta Corte em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no AREsp 308.163/RS, 4.a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 14.05.2013, DJe 21.05.2013). *Grifo nosso*

“Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Provedor de conteúdo da internet. Responsabilidade subjetiva. omissão. Súmula n. 7/STJ. 1.



**Os provedores de conteúdo da internet não se submetem ao art. 927 do CC/2002, que trata da responsabilidade objetiva, pois a inserção de mensagens com conteúdo ofensivo no site não constitui um risco inerente à atividade, nem tampouco ao art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso.** 2. Possuem responsabilidade subjetiva por omissão os provedores de internet que, após serem notificados sobre a existência de página com conteúdo ofensivo, permanecem inertes. (...)” (STJ, AgRg no AREsp 137.944/RS, 4.a Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 21.03.2013, DJe 08.04.2013). *Grifo nosso*

Com o Marco Civil da Internet, é possível visualizar algumas mudanças no tocante à responsabilidade civil dos provedores de serviço. Inicialmente, o art. 18 da lei dispõe que “o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” (BRASIL, 2014). Isto é, os provedores de acesso como a NET e a GVT não respondem pelos danos causados por terceiros que publicam mensagens ofensivas ou que de um modo geral lesem os direitos da personalidade de alguém, uma vez que não há qualquer vínculo direto entre o serviço prestado e eventual dano causado.

Por outro lado, o art. 19 do MCI aduz:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (BRASIL, 2014)

A redação do comando legal permite inferir dois pontos. O primeiro deles é que o Marco Civil, ao estabelecer a liberdade de expressão como condição ao pleno exercício do direito de acesso à internet, a coloca num patamar superior ao de outros valores jurídicos também merecedores de tutela. Na contramão do disposto, imperioso se faz ressaltar que, conforme enunciado 613, aprovado na VIII Jornada de Direito civil, “a liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.”

Como segundo ponto, observa-se que a legislação regulamentadora é clara ao atribuir responsabilidade civil aos provedores de aplicações de internet. Sucede que estes somente poderão ser responsabilizados civilmente se, após notificação judicial específica ordenando a tomada de providências, estas não forem tomadas dentro do prazo estipulado. Ou seja, enquanto antes do MCI era necessário que a vítima notificasse extrajudicialmente o provedor para, enfim, este ser responsabilizado numa eventual ação de reparação dos danos, com a nova legislação, é preciso uma ordem judicial determinando a retirada do conteúdo e somente se a ordem não for cumprida haverá responsabilização.

Posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema:

“diante da ausência de disposição legislativa específica, este STJ havia firme jurisprudência segundo a qual o provedor de aplicação passava a ser solidariamente responsável a partir do momento em que fosse de qualquer forma notificado pelo ofendido. **Com o advento da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicação foi postergado no tempo, iniciando-se tão somente após a notificação judicial do provedor de aplicação.** A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta Corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet” (STJ, REsp 1.642.997/RJ, 3.a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.09.2017, DJe 15.09.2017). *Grifo nosso*

Assim, o Marco Civil da Internet, segundo Flávio Tartuce (op. cit, p. 947), adotou, “quanto à responsabilidade civil dos provedores por atos de terceiros, uma responsabilidade subjetiva agravada, somente existente no caso de desobediência de ordem judicial.” O autor entende que a legislação, ao seguir os referidos termos, promove um retrocesso, garantindo proteção aos provedores de internet em face do interesse das vítimas. Com efeito, a forma de responsabilização trazida pelo Marco Civil da Internet recai precipuamente sobre os que realizam as postagens na internet, sem que haja uma considerável preocupação em responsabilizar aqueles que propiciam o ambiente para as postagens.

Além disso, depreende-se da leitura da legislação em voga que há um incentivo a judicialização de questões que poderiam ser resolvidas por outros meios, uma vez que a vítima se vê obrigada a recorrer ao Judiciário para que se retire um conteúdo ofensivo a seu respeito da internet.

Tendo em vista que o provedor de aplicações somente está obrigado a retirar o conteúdo do ar após notificação judicial, constata-se que os danos à personalidade da vítima se potencializam, pois permanecem por muito mais tempo na rede. Ainda que no art. 19 §3º do MCI haja previsão no sentido de que ações de reparação de danos em casos tais possam ser propostas nos juizados especiais, a velocidade das tramitações aqui não é capaz de acompanhar a rapidez com que as informações se disseminam na Internet.

Saliente-se, todavia, que a própria legislação, no art. 21, reconhece que no caso de divulgação de imagens, vídeos ou outros materiais com cenas de nudez, sexo, de caráter privado, sem o consentimento do indivíduo, basta que o provedor seja notificado extrajudicialmente para haver a obrigatoriedade de retirar o conteúdo do ar.

Conquanto a responsabilidade civil dos provedores seja primordialmente do tipo subjetiva, conforme afirmado alhures, há julgados posteriores ao MCI que aplicam a responsabilidade objetiva, sob a justificativa de que os provedores sofrem incidência do Código de Defesa do Consumidor<sup>71</sup>. Com efeito, não há como afastar a posição de vulnerabilidade técnica em que os usuários da rede se encontram. Os provedores são nítidos prestadores de serviços, conforme se extrai do art. 15 do MCI, que dispõe que o provedor de aplicações de internet é pessoa jurídica que exerce atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, o que se encaixa na definição prevista no art. 3º do CDC.

Por isso, Bruno Miragem (2015, p. 637) entende que há, no Marco Civil da Internet, dois tipos de responsabilidade civil: primeiro, a responsabilidade civil objetiva relativa a conteúdos disponibilizados pelo próprio provedor e que foram elaborados por pessoas a ele vinculados. Neste caso, entende-se que há uma atividade de risco decorrente da simples relação de consumo que se estabelece entre o provedor e o usuário da rede. Segundo, a responsabilidade civil subjetiva agravada, aplicada quando o conteúdo é gerado por terceiros que não possuem vínculo jurídico direto com o provedor, exigindo-se prévia notificação judicial.

---

<sup>71</sup> (STJ, REsp 1.352.053/AL, 3.a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24.03.2015, DJe 30.03.2015).

No que concerne à responsabilidade objetiva, seria o caso de provedores de conteúdo como portais de notícias, os quais, de certa forma, exercem um controle editorial prévio sobre o material a ser publicado em sua página eletrônica. Por isso, esses provedores poderiam ser responsabilizados concorrentemente com os provedores de informações que efetivamente elaborarem a matéria ofensiva. Nesse sentido, dispõe o enunciado de súmula nº 221 do Superior Tribunal de Justiça: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.”

Mister se faz pontuar, ainda, o teor do art. 21 do diploma legal:

O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. (BRASIL, 2014)

Além disso, observa-se, que o MCI estabeleceu que a responsabilidade civil do provedor de aplicações é subsidiária. Isso se contrapõe à premissa de responsabilidade solidária que poderia decorrer de aplicação do CDC, o que demonstra que a legislação regulamentadora da internet não prioriza, de fato, a tutela dos demais direitos da personalidade dos usuários, porquanto põe em evidência a liberdade de expressão. Todavia, é possível vislumbrar julgados recentes aplicando a solidariedade<sup>72</sup>, o que pode denotar uma nova postura a ser adotada pelos tribunais brasileiros.

Quanto aos provedores de busca e de pesquisa, como o Google, o STJ tem adotado posicionamento (AgInt no REsp n. 1.593.873-SP44) no sentido de que eles não poderiam ser responsabilizados pelos danos decorrentes dos resultados da pesquisa. Para o tribunal, o provedor não possui legitimidade para figurar no polo passivo em eventuais ações de reparação de danos desse tipo, devendo a vítima buscar medidas para excluir o conteúdo ofensivo diretamente com o autor da ofensa.

Nesse sentido:

Não é possível impor a provedores de aplicações de pesquisa na internet o ônus de instalar filtros ou criar mecanismos para eliminar de

<sup>72</sup> (STJ, REsp 1.629.255/MG, 3.a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25.08.2017).

seu sistema a exibição de resultados de links contendo o documento supostamente ofensivo. STJ. 3ª Turma. REsp 1593249-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/11/2021 (Info 719).

## 5. Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que a expansão da Internet trouxe consigo, também um aumento na violação dos direitos dos usuários, o que exige uma análise à luz da responsabilidade civil.

No que concerne à responsabilidade civil dos provedores de internet, constatou-se que, apesar dos avanços proporcionados pelo Marco Civil da Internet, a jurisprudência ainda encontra dificuldade em responsabilizar os provedores de forma objetiva, uma vez que se entende que não se trata de uma atividade de risco.

Contudo, considerando-se que nestes casos aplicam-se os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilização do tipo objetiva é um caminho a ser adotado.

Portanto, para além de medidas de cunho preventivo, no sentido de controlar as informações disponibilizadas na web, desde que não se caracterizem práticas de censura, os provedores de internet também devem buscar mecanismos para garantir uma reparação civil às vítimas que forem lesionadas nas suas plataformas.

## 6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (tradução - Virgílio Afonso da Silva). Coleção Teoria & Direito Público, 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BOECHAT, Marcos. **A responsabilidade civil do provedor de internet e o “notice and takedown”**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/22598/a-responsabilidade-do-provedor-de-internet-e-o-notice-and-takedown> > Acesso em 15/06/2022

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet** (Série: Pautas em Direito). Porto Alegre:Arquipélago Editoria, 2017. Edição do Kindle.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 122/2022. Brasília, 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 20/06/2022

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Brasília, jan. 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 19/06/2022

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965** de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, abr. 2014. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm) > Acesso em 10/06/2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 137.944/RS, 4.a Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 21 de março de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101774/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-137944-rs-2012-0003695-0-stj/relatorio-e-voto-23101776?ref=juris-tabs> Acesso em 22/06/2022

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Maranhão. Agravo de Instrumento nº 0121612015 MA 0001856-24.2015.8.10.0000, Relator: ANGELA MARIA MORAES SALAZAR. São Luis, 28 de maio de 2015. Disponível em: <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201848082/agravo-de-instrumento-ai-121612015-ma-0001856-2420158100000/inteiro-teor-201848084> Acesso em 22/06/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não se pode impor a provedores de buscas a obrigação genérica de desindexar resultados obtidos a partir do arquivo ilicitamente divulgado na internet.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c3cbd51329ff1a0169174e9a78126ee1>>. Acesso em: 21/06/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não se aplica o art. 21 do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens de nudez produzidas para fins comerciais.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ba3c95c2962d3aab2f6e667932daa3c5>>. Acesso em: 21/06/2022

CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet.** Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet> > Acesso em 15/06/2022

COLAÇO, Hian Silva. **Responsabilidade civil dos provedores de Internet: diálogo entre a jurisprudência e o marco civil da Internet.** Revista dos Tribunais vol.957, Julho 2015.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. **Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos da personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rev. Bras. Polit. Publicas, Brasília, v.7, nº3, 2017

ÊNIO, Santarelli Zuliani; LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf; SANTOS, Manoel J. Pereira dos; LEONARDI, Marcel; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw)

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, volume 1**. 13ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil dos provedores de serviços da Internet. In: **Jus Navigandi**, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17128/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-servicos-de-internet> > Acesso em 16/06/2022

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil. Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 65, p. 21-32, juL/set 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso do direito**. In Revista Trimestral de Direito Civil, 2003, v. 13, p. 106

OLIVEIRA JR. José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. 1ªed (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá Editora, 2006. 280p

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil** – volume único. São Paulo: Editora MÉTODO, 2018.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. 1ªed. (ano 2003), 5ª tir. Curitiba:Juruá, 2007. 248p



## A ATIVIDADE POLICIAL E OS DIREITOS HUMANOS

**WHANDERSON DA COSTA SILVA:**

Bacharelado em Direito pelo  
CEULM/ULBRA - Centro Universitário  
Luterano de Manaus.

RUBENS DA SILVA

(orientador)

**RESUMO:** O histórico da inserção da força policial no Brasil atribuiu posição antagônica entre a efetividade dos Direitos Humanos e a atuação das forças de segurança pública, representadas, nesta pesquisa, pela polícia. Evidencia a necessidade desses dois institutos atuar juntos em defesa da sociedade. Trata da importância de aproximar a polícia da comunidade, por meio de programas como o polícia comunitária, o qual resgata a dignidade do profissional de segurança pública e a confiança do cidadão, há muito tempo perdida, na atividade policial. Mostra também que as propostas de ensino nas academias de polícia devem ser pautadas nas regras de Direitos Humanos, propondo a formação de um profissional pedagogo de cidadania.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Atividade policial; Sociedade.

### 1. INTRODUÇÃO

O crescimento do crime e da violência atualmente é uma das maiores preocupações da sociedade. A segurança pública e seus problemas foram colocados em destaque no diálogo da população, da mídia e dos políticos, e são objeto de repetidos debates e pesquisas de diversas áreas sociais. Tendo em conta que a insegurança é um dos principais sentimentos de medo afetam a todos, e a expectativa de encontrar respostas e possíveis soluções para esse fenômeno é socialmente importante. Os direitos humanos são heranças herdadas de lutas históricas. Que tem como objetivo reconhecer a necessidade de proteger os direitos humanos básicos, para assegurar a sua garantia básica, esses direitos não estão disponíveis, indivisível, inderrogável, irrevogável, indescritível e essencial para a convivência social.

No Brasil, no que tange a sua distribuição de renda é ruim por vários motivos, principalmente no que diz respeito a qualidade da educação, preparação insuficiente para o mercado de trabalho ou até mesmo devido à subversão de valores, o comportamento violento está aumentando, e todos esses fatores acabam afetando a vida dos policiais

militares. Portanto, se faz necessária uma análise dos detalhes que afetam diretamente os policiais em suas atividades cotidianas, como são vistos pela legislação interna da Corporação, e quais são as políticas públicas, para lidar com as graves perturbações causadas pela violência, quais pontos podem ser melhorados e quais são as ações que estão dando certo. São temas de extrema importância para a garantia da defesa dos direitos humanos para os policiais militares.

Os policiais militares enfrentam tantas adversidades, seus direitos também estão sendo respeitados? Ao serviço público são respeitados a dignidade da pessoa humana? Ou os funcionários públicos não têm essa dignidade? O artigo 5º da Constituição Federal preleciona que todos são iguais perante a lei, sem qualquer diferença. Este direito também se aplica a policiais no exercício de sua profissão?

## **2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Como se sabe, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento e a direção de todos os demais princípios derivados do ordenamento jurídico, e nos quais se busca a validade, entendido como norma hierárquica superior que impede os legisladores de promulgar normas que violem a dignidade da pessoa humana.

Todas as constituições modernas devem adotar o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), conforme proclamado em seu art. 1º, também estabelece direitos e garantias fundamentais com foco na liberdade, intimidade e dignidade humana. Os direitos humanos foram e são constituídos por um conceito histórico, ou seja, surgiram gradativamente, segundo Bobbio (2004), para defender novas liberdades contra velhas potências.

Segundo Rosas (1995) e apud Piovesan (2004), as questões relacionadas aos direitos humanos são, na verdade, progressistas, então “o debate sobre o que são direitos humanos e como defini-los é parte integrante de nossa história”. Apontaram que os direitos humanos fazem parte de uma série de direitos humanos fundamentais, que se baseiam principalmente na liberdade, igualdade e dignidade. Com essa interpretação, pode-se entender que as necessidades humanas variam de contexto para contexto. Acontecimentos históricos, acontecimentos históricos, criando novas necessidades, que por sua vez estão incluídas no rol dos direitos humanos.

Curiosamente, os direitos humanos são alcançados principalmente através da internacionalização dos direitos, ou seja, após a Segunda Guerra Mundial, com a disposição das pessoas, o nazismo destruiu completamente a situação. Nesse contexto, surgiu de forma muito nascente a emergência e o impulso para a reconstrução dos direitos humanos,

que, segundo Piovesan (2013), estava vinculado a um ideal ético para nortear a ordem internacional contemporânea.

De fato, deve-se notar que, ao longo do tempo, diferentes termos têm sido utilizados em direitos humanos, que diferem de acordo com doutrinas estabelecidas ou diplomas internacionais e nacionais e têm origem na evolução e desenvolvimento histórico dos direitos humanos (RAMOS, 2014. p.15).

Para melhor compreender os direitos humanos, é muito importante distinguir os seus termos: primeiro, é possível destacar os direitos humanos e os direitos fundamentais, que essencialmente significam a mesma coisa e são geralmente os termos mais utilizados. Diferem na medida em que os direitos humanos são reconhecidos em nível internacional e não são mais vinculantes; por outro lado, os direitos fundamentais são respeitados internamente e são fortes porque são exercidos por meio do judiciário.

Os direitos naturais referem-se ao reconhecimento de que esses direitos são inerentes à natureza humana, mas esse é um conceito ultrapassado quando se considera os aspectos históricos dos direitos humanos. Segundo Ramos (2014), o termo liberdade público existe, porém, é considerado excludente por ignorar direitos econômicos e sociais.

Os direitos humanos, por outro lado, têm origem legal, proclamando a proteção de certos direitos individuais, que é a fonte de fundo da revolução liberal diante da afirmação dos Estados autoritários europeus. Em pouco tempo, direitos individuais e liberdades públicas também eram exclusivos, considerando apenas os direitos de primeira dimensão, direitos civis e políticos, e ignorando todos os outros direitos. Finalmente, a partir da escola alemã de direito público no século XIX, os direitos públicos subjetivos foram concebidos como um conjunto de direitos contra os Estados agindo em seu próprio interesse, ou seja, restringindo o poder e a conduta do Estado. Deixe claro que estes termos estão em conformidade com Ramos (2014, p. 18):

Com base no argumento de que em nenhum momento da história surgiu uma disciplina jurídica, e que as dimensões de novos ramos do direito surgiram reunindo um diploma normativo de regras e princípios, os direitos humanos partem de ideias que envolvem a justiça, liberdade e igualdade, contra a opressão, para o bem-estar da humanidade, desde o nascimento da primeira comunidade.

Assim, todo o contexto e evolução histórica do campo dos direitos humanos sustenta a precipitação dos ordenamentos jurídicos e o conceito desses direitos fundamentais.

No contexto da discussão e aprofundamento dos direitos humanos, uma enumeração das características inerentes aos direitos humanos é bem-vinda. A primeira é a questão da universalidade, característica inerente que, como mostra Ramos (2015), remete ao argumento de que todos devem ter uma gama de direitos, independentemente do país em que nasceram ou habitam. Desta forma, os direitos humanos unem toda a comunidade internacional, dando aos governos autonomia para estabelecer direitos em suas constituições sem violar as declarações e instrumentos internacionais que os ratificaram.

A questão da dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, não apenas dentro do sistema constitucional brasileiro, mas em todo ordenamento jurídico que busca ser reconhecido como uma democracia sob o Estado de Direito.

Assim, no marco do sistema constitucional brasileiro, por meio da Constituição, a dignidade da pessoa humana foi eleita como um dos fundamentos da República (CF/88 Art. 1º, inc. III). Então, a partir da Constituição Brasileira de 88, os homens passam a ser dignos de respeito, de serem respeitados e de receberem o status exaltado de autoestima pessoal. A questão da dignidade humana tem duas características a primeira é: Como valor, o eu humano se transforma em autoestima e auto indisponibilidade. A segunda característica é a dignidade humana como aspecto adicional, ou seja, a partir do reconhecimento por terceiros da dignidade inerente à pessoa como ser humano.

Mas é preciso enfatizar que, a partir do conceito de direito natural nos séculos XVII e XVIII, a questão da dignidade humana tornou-se o conceito de igualdade humana em dignidade e liberdade.

Por fim, pode-se verificar se há relação entre direitos fundamentais e dignidade humana, e as condições dos valores fundamentais exigem e pressupõem o reconhecimento e a proteção de todos os aspectos dos direitos fundamentais. No entanto, negar às pessoas seus direitos básicos é negar sua própria dignidade.

No decorrer de Fuhrer (2009), a dignidade humana é um bem imaterial, espiritual, que está diretamente relacionado à essência do homem, em seu estado psicológico, interior. É um bem eterno que não termina com a morte, mas dura pela eternidade, e deve ser protegido de qualquer violação.

Em conformidade com Sarlet (2002) enfatiza que o respeito à dignidade humana é de natureza íntima e pessoal e que o Estado deve fornecer proteções negativas e positivas para seu efetivo cumprimento, a fim de eliminar qualquer tratamento desumano ou degradante e permitir uma vida comunitária igualitária e respeitosa.

Os direitos fundamentais são uma grande conquista de uma sociedade democrática e jurídica, revelando que os direitos dos cidadãos têm precedência sobre suas obrigações para com o Estado, por isso é necessário garantir que os sujeitos de direitos fundamentais tenham condições de vida adequadas.

Pode-se inferir que os direitos fundamentais são a realidade atualmente consagrada nas constituições dos países modernos, o que, na verdade, mostra o difícil caminho que a sociedade como um todo percorreu para atingir esse objetivo. É preciso agora buscar a efetivação e real reificação desses direitos, considerados inerentes e necessários à existência humana, por meio de mecanismos de salvaguarda designados como fundamento de uma sociedade completa.

### **3 ASPECTOS JURÍDICOS E CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA PÚBLICA**

Partindo do tema da segurança pública, a fim de estabelecer uma estreita relação com o desenvolvimento social e a dignidade humana, inicialmente destacamos que ao longo da história, a segurança tem sido uma ferramenta da política nacional, destacando-se entre elas as entidades soberanas, para encontrar roupas que se ajustem à sociedade e protejam a sociedade do desenvolvimento e suas nuances.

A segurança pública é um dos pilares que sustentam a estrutura do Estado, e faltam políticas públicas relevantes. Nesse sentido, é importante destacar as lições de Tangerino (2007), afirmando que essas políticas têm dois componentes, sendo o primeiro a política de segurança pública, que por sua vez foca no que permanece inalterado apesar de sua natureza pública. O sistema de justiça criminal, que está se transformando em educação, habitação, transporte público, intervenção urbana e muito mais. Quanto às políticas de segurança pública, serão aquelas vinculadas aos poderes punitivos do Estado por meio da polícia, do direito penal, das políticas carcerárias, etc.

As preocupações com a segurança surgem em diversos institutos jurídicos, pois é reconhecida como um direito fundamental inerente a um Estado Democrático de Direito e como um dos pilares de sustentação do desenvolvimento social, gesto estatal que assegura o livre exercício dos direitos decorrentes da lei.

Como dito em outro lugar, o objetivo do Estado é a busca do desenvolvimento e da riqueza, e como bem aponta Cardoso (2010), os direitos fundamentais protegem as mercadorias mais valiosas, portanto, as ações do Estado por meio do poder público não devem ser evitadas para ofender promovê-los e protegê-los de ameaças e ofensas de terceiros, torna-se também um real interesse público a defesa desses direitos.

Ainda na visão de Cardoso (2010), portanto, se os indivíduos confiam fortemente no poder público e em seus gestos positivos de atendimento. Dentre eles, podemos dizer que a segurança pública é fundamental para o alcance dos objetivos republicanos.

A convenção americana de direitos humanos conhecida como Convenção de San José da Costa Rica está estabelecida em seu art. 7º. A palavra segurança da pessoa, proclamando o direito de todo ser humano à liberdade e segurança da pessoa, o texto constitucional brasileiro de 1988 é imperativo em seu art. 144 Estabelecer a segurança pública é responsabilidade do Estado.

Da mesma forma, Canotilho (203, p. 91) destaca que o Estado assume as condições que garantem os direitos individuais, a economia fica mais livre e, portanto, o papel da polícia costuma ser "prevenir o perigo e manter a ordem". Portanto, pode-se dizer que uma sociedade sem segurança é uma sociedade que não pode usufruir efetivamente de seus direitos básicos e segurança, portanto, é necessário formular políticas de segurança pública que possam efetivamente garantir os direitos básicos e a segurança dos cidadãos.

Para cumprir este mandamento, a força policial é incorporada ao artigo 144º da Constituição, introduziu em sua identidade institucional os princípios de respeito aos direitos humanos e direitos e garantias fundamentais, sua missão é assegurar a dignidade humana, as liberdades e direitos fundamentais, promover a paz social, adaptar-se às novas agendas globais, transcender a forma e, na verdade, agir e prestar serviços de qualidade à sociedade respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos.

Esta atividade tão importante é exercida por funcionários públicos e militares a quem todos os direitos humanos e fundamentais são essenciais para suas atividades de serviço e proteção e devem pertencer a eles. Como bem aponta Raó (1997, p. 49), ao controlar essas relações, o poder público confere às leis um caráter de "proteção-execução".

Portanto, a segurança pública é uma instituição social pública indispensável em uma cidade, e em uma cultura complexa de interesses conflitantes, sem seus defensores, a sociedade perece no caos, destruindo e destruindo fundamentalmente a dignidade humana. Assim, na escala precisa do desenvolvimento social equilibrado e equitativo, direitos e garantias são o dever de zelar pela segurança pública, pelos cidadãos e pela liberdade de entrada e saída de cada indivíduo.

Polícia e policiamento são claramente um fenômeno bem definido na sociedade moderna. Assim, quando falamos de "polícia", evocamos, quaisquer que sejam as estruturas policiais existentes no mundo, estruturas públicas e profissionais que se concentrem na manutenção da ordem e das funções de segurança pública, e "polícia" se refere a São Paulo, atividade específica de patrulhamento preventivo realizada por policiais

uniformizados ou uniformizados de acordo com uma estratégia centralizada, geralmente cobrindo uma área geográfica específica.

No entanto, considerando a polícia moderna, não por uma preocupação com o crime, mas por causa das inúmeras revoltas populares e tumultos em massa nas ruas, principalmente nos países europeus, é sempre impossível para o governo fazer isso. Esses conflitos são resolvidos e, eventualmente, são estabelecidas funções policiais específicas.

Em uma palavra, a segurança pública é um conjunto de regras, medidas e garantias que podem garantir a manutenção da ordem pública, que pode encontrar a convivência pacífica e harmoniosa entre todos os indivíduos de uma sociedade, ou seja, pode promover a manutenção ou restauração da convivência social, para que todos os indivíduos possam usufruir de seus direitos e exercer suas atividades da melhor forma possível.

### **3.1. Atividade policial**

A Constituição Federal destaca quais órgãos promovem a segurança pública e detalha os tipos de atividades confiadas a cada órgão. Essas agências são as diferentes forças policiais no Brasil. São eles: Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Ferroviária Federal; Polícia Civil; Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. Embora cada um desses órgãos tenha seu próprio ramo de atividade, a atividade principal se baseia na manutenção da ordem pública e na segurança de pessoas e bens. Por causa do artigo circular 144º a estabeleceu como agência de promoção da segurança pública.

Dada a importância do trabalho policial, a atuação da polícia brasileira é detalhada em suas cartas políticas, pois afirma ou nega o Estado Democrático de Direito, dependendo de como as atividades são conduzidas. De acordo com o conceito de Goldstein (2003, pp. 28; 29), "a atividade policial é um trabalho extremamente importante, sério e único, pois deve atuar para evitar violações de garantias e liberdades constitucionais". Exercendo apenas os poderes limitados consagrados na Constituição e fazendo cumprir suas limitações por meios legais: também é obrigado a observar as liberdades garantidas pela Constituição para não ser violado por outros. Esses requisitos introduzem uma dimensão única à função policial, tornando a polícia um trabalho muito sério neste país.

O trabalho da polícia está regulamentado no texto constitucional, tais como: patrulhamento ostensivo; funções investigativas criminais; e manutenção da ordem pública, e o que vemos hoje é uma força policial imposta por lei. Os órgãos de aplicação da lei absorveram atividades que, em princípio, não deveriam pertencer a eles, como

incidentes envolvendo disputas domésticas, que podem estar relacionadas a falhas no sistema de segurança pública ou mudanças nas aspirações da sociedade.

Atualmente, as atividades policiais não podem ser entendidas apenas do ponto de vista jurídico. O que precisa ser considerado é que a lei é rígida e imutável, mas a sociedade é volúvel e espera que a perspectiva do trabalho policial mude. Os profissionais de segurança contemporâneos são agentes da cidadania e dos direitos humanos.

A atuação policial hoje leva em conta não só a intolerância ao crime, mas também o papel social que ele desempenha na população. O trabalho policial inclui todas as decisões legais estipuladas pela constituição e pela força policial e, mais importante, a civilidade que os profissionais devem possuir, que é a expectativa de um agente de segurança pública socialmente responsável; proteção em caso de conflito.

#### **4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO POLICIAL MILITAR**

Considerando que alguns avanços são notórios, como o direito à liberdade, podemos citar alguns desdobramentos quanto aos direitos e garantias básicos concedidos aos soldados da Polícia Militar em Minas Gerais. O Decreto Nacional nº 23.085, de 10 de outubro de 1983, estabelece o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, que dispõe sobre a aplicação de medidas disciplinares, inclusive detenção e prisão, quando o exército cometer as chamadas infrações graves:

Art. 24 - As penas disciplinares a que estão sujeitos os policiais-militares, segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, são as seguintes, em ordem de gravidade crescente:

I - Advertência;

II - Repreensão;

III - Detenção;

IV - Prisão; dente outras.

O artigo 27.º do número anterior prevê a detenção da seguinte forma: Consiste no cerceamento da liberdade do punido, o qual deve permanecer no local que lhe for determinado, normalmente o quartel, sem que fique, no entanto, confinado.

Sobre prisões, art. 28 traz: Consiste no confinamento do punido em alojamento de seus pares ou, não havendo na OPM tal dependência, no local determinado pela autoridade que aplicar a pena disciplinar.



Também, o artigo 4º da Diretiva afirma claramente que a educação militar e policial se baseia no respeito à vida e à dignidade humana, na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e nos princípios da ética profissional, e, portanto, qualquer forma de atuação, violência ou conduta discriminatória de qualquer natureza em ambientes educacionais ou gestos, ou desculpas por violência e discriminação, mesmo subconscientemente.

A agência sempre incentiva a polícia militar a aprimorar seus conhecimentos para sempre prestar o melhor serviço à comunidade.

Todos esses direitos trouxeram diversos avanços a prestação de serviços do policial militar a sociedade, proporcionando a formação do policial cidadão promotor da paz social.

No entanto, dada a especificidade das atividades desenvolvidas, os direitos e garantias básicos desses colaboradores são limitados, incluindo o direito inalienável à vida reservado pelos estagiários nos compromissos legais oferecidos pelos diversos cursos. Baseada no compromisso de garantir os direitos sociais.

No entanto, dadas as peculiaridades do serviço policial, o direito básico de entrada e saída foi enfraquecido. Um exemplo é o exército, que geralmente opera em seções separadas em pequenas cidades. Esses militares não podem sair da cidade mesmo em dias de descanso sem autorização do comandante da unidade, pois mesmo que não estejam em serviço, podem ser convocados quando necessário para manter a ordem pública, que é a principal função da Polícia Militar.

Em termos de direito de acesso, alguns policiais que são enviados para trabalhar em outras cidades que não está cidade ou onde seus familiares moram permanecem nesses locais há muitos anos e não têm esperança de voltar para casa, tudo com fins lucrativos. polícia. Quando as tropas saem do país por qualquer motivo, elas também devem solicitar uma autorização formal do Comandante-em-Chefe da Polícia Militar, conforme estipulado na Lei do Art. 1º, decreto nº 44.961 de 25 de novembro de 2008 nº 44.961.

Outro direito a ser considerado é o direito à privacidade, pois a confidencialidade de um telefone militar pode ser violada pelas peculiaridades e exigências razoáveis do serviço.

O direito ao lazer e à vida privada também é muitas vezes reservado em benefício da sociedade, como é o caso das grandes festas populares como carnavais, exposições agrícolas, etc. Por que e quando as eleições são realizadas com mais frequência. Diante da

necessidade da nação de manter a ordem pública nessas circunstâncias, a Polícia Militar deixa de exercer seu direito ao lazer, podendo ter que justificar seu voto em eleições para sua missão constitucional.

O principal objetivo do policiamento comunitário é responsabilizar a sociedade pela prevenção do crime. Além de engajar as comunidades na prevenção do crime e reduzir os males sociais, engajar as comunidades na solução de problemas locais e dar-lhes voz é uma função-chave e objetivo da Parceria do Programa Polícia-Policiamento. Isso leva ao policiamento comunitário como a maior expressão de respeito aos direitos humanos, a internalização do conceito de educadores cívicos profissionais e defensores de direitos humanos dentro da polícia.

Aumentar a responsabilidade da polícia significa estar aberto à crítica pública porque você tem que ouvi-los e saber que o que eles dizem nem sempre é agradável. Quando os cidadãos contam à polícia suas impressões sobre o trabalho de seus profissionais e suas preocupações, isso cria a cumplicidade de que a agência precisa para os objetivos principais do policiamento comunitário eficaz e da prevenção do crime.

Em termos simples, o policiamento comunitário é uma filosofia teórica de trabalhar com a comunidade para pesquisar problemas e encontrar soluções; o policiamento comunitário é uma filosofia de ação que busca soluções para prevenir problemas antes que eles ocorram, com o apoio da comunidade.

O policiamento comunitário é um conceito novo no Brasil. O plano foi posto em prática para salvar as forças de segurança nacional de uma história tão profanada que os cidadãos eram inacessíveis devido a erros passados e reincidências presentes. Devido ao sucesso da iniciativa em outros países, o Brasil a implementou em todas as delegacias do país. No Distrito Federal, os postos comunitários são a expressão mais encoberta do policiamento comunitário, ao lado de outras iniciativas policiais, como o teatro escolar e o incentivo ao esporte nas regiões mais pobres e violentas da capital.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho visa demonstrar a importância do exercício da segurança pública, esclarecendo os aspectos legais da conduta da Polícia Militar e apontando suas normas, regulamentos e princípios, especialmente as leis em que se baseia. Formas comportamentais dos servidores públicos.

Claramente, a força policial é responsável por manter a ordem pública e garantir e garantir os direitos básicos e a segurança dos cidadãos. Vemos como toda a questão da criação de direitos fundamentais surgiu no contexto da história, e então percebemos que a história não tem uma data específica em que as leis foram feitas, mas sim uma série de

eventos históricos sentidos por pessoas ao redor do mundo que precisam ser salvaguardados para proteger os indivíduos da sociedade.

Os direitos naturais e fundamentais do cidadão são amplamente discutidos no que diz respeito às suas principais características, diferenças e como funcionam na prática.

O enfoque da Polícia Militar é necessário porque muitas vezes as pessoas desconhecem a importância dessa função para a ordem social, principalmente para a previdência. No que diz respeito aos direitos fundamentais, os direitos relativos às atividades da Polícia Militar são restritos, mas esses direitos são inerentes às funções constitucionais exercidas pela Polícia Militar. Alguns avanços foram feitos no que diz respeito aos direitos militares, com destaque para o Decreto Interministerial nº 2 SEDH/MJ de 15 de dezembro de 2010 sobre os Direitos Humanos dos Profissionais de Segurança Pública, que reconhece e respeita os direitos humanos, como direitos e obrigações corpo principal, essenciais para um bom serviço e atividades de conservação.

O policial deve saber que também tem direitos humanos e, além disso, é um cidadão muito especial que tem um papel a desempenhar na promoção dos direitos humanos, além de exigir respeito à sua dignidade e direitos. Sua atuação profissional garante que a lei seja aplicada e os direitos de todas as pessoas sejam respeitados, independentemente de cor, raça, gênero, classe social, enfim, sem discriminação de qualquer espécie. Percebe-se que o pleno exercício dos direitos e garantias básicas pelo exército e pela polícia é de grande importância para a construção de políticas de segurança pública efetivas, buscando uma sociedade justa e resguardando os direitos básicos dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO Marcelo, VICENTE Paulo. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BATTOCHIO, Mariana. **A Constituição Federal, princípios e valores formadores do estado democrático de direito e dignidade da pessoa humana como parâmetro de interpretação jurídica**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14221](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14221)>. Acesso em 11/04/2022.

BALESTRERI, Ricardo. **Direitos Humanos: Coisas de polícia**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/balestreri/php/dh4.html>>. Acesso em 12/04/2022.

BRASIL. **Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Condutas policiais e códigos de deontologia. Um estudo comparativo sobre as relações entre polícia e sociedade.** Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/suaseguranca/seguranca-publica/copy\\_of\\_estudos-e-estatisticas/condutas-policiais-ecodigos-de-deontologia-um-estudo-comparativo-sobre-as-relacoes-entre-pol.pdf/view](http://www.justica.gov.br/suaseguranca/seguranca-publica/copy_of_estudos-e-estatisticas/condutas-policiais-ecodigos-de-deontologia-um-estudo-comparativo-sobre-as-relacoes-entre-pol.pdf/view)>. Acesso em 10/04/2022.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **Programa Nacional de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-paratodos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>>. Acesso em 13/04/2022.

BELL, Judith. Projeto de pesquisa: guia para pesquisadores iniciantes em educação, saúde e ciências sociais. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory; WILLIAMS, Joseph. A arte da pesquisa. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CARDOSO, Aderivaldo Martins. Policiamento Comunitário no Distrito Federal: Uma análise dos Postos Comunitários de Segurança no distrito federal. Brasília, 2019.

FINCATO, Denise Pires. A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca. Porto Alegre: Notadez, 2008.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUIMARÃES, Yuri da Silva. **Assédio Moral à Luz do Direito Militar: Forças Armadas.** Disponível em: <[http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/tcc\\_direito\\_militar\\_yuri.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/tcc_direito_militar_yuri.pdf)>. Acesso em: 13/04/2022.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais, administrativos e constitucionais.** 4. ed.-Niterói: Impetus, 2012.

GOLDSTEIN, Herman. Policiando uma sociedade livre. Tradução Marcello Rollemberg. 9º ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2003. Série Polícia e Sociedade , n.9. (organização Nancy Candia).

MACHADO, Antônio Carlos de Castro; QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. A Nova Polícia. Revista A Força Policial, São Paulo, n.º 10.

MARTINS JUNIOR, Joaquim. Como escrever trabalhos de conclusão de curso. 4º ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016.

NEVES, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos. ed. especial. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROVER, C. Para Servir e Preteger. **Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais de Segurança: Manual para Instrutores**. Tradução de Sílvia Backes e Ernani Pilla. 4°. ed. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2015.

OLIVEIRA, Edson Hartmann. **A atuação da PMPR e o respeito aos Direitos Humanos**. Um estudo do 16ºBPM.

VALLA, Wilson Odirley. **Polícia - funções, atividades e características**. Disponível em: <<http://www.pmpr.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=665>>. Acesso em 13/04/2022.

VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia Policial Militar**. 5. ed. rev. e ampl.; Curitiba, Paraná. 2013.

## INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “RECURSO” PREVISTA NO ARTIGO 304, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: APLICAÇÃO DIAMETRALMENTE OPOSTA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**LUCAS RIBEIRO VIEIRA REZENDE:** Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2012/2016). Especialista em Direito e Economia pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP (2017/2019). Pós-graduando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2019/2021). Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2020/2022). Advogado.

**RESUMO:** Este artigo tem como escopo apresentar análise de dois acórdãos colidentes prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça em um lapso temporal inferior a um ano, ao julgar o recurso especial nº. 1.760.966/SP e 1.797.365/RS, notadamente referente aos meios de impugnação capazes de impedir a estabilização da tutela provisória requerida na modalidade antecedente. Isto porque, o Legislador, ao redigir o art. 304, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, optou por utilizar a expressão “*recurso*”, de tal modo, o trabalho em epígrafe busca compreender a necessidade de se ater à literalidade da terminologia ou se esta deve ser interpretada de forma ampliativa e sistemática.

**Palavras-chaves:** Código de Processo Civil de 2015. Artigo 304. Tutela Provisória em Caráter Antecedente. Estabilização.

**ABSTRACT:** This article purposes to present a preliminary analysis of the judgment rendered by the Superior Court of Justice, when judging the special appeal docket #1.760.966/SP and #1.797.365/RS, notably, the respective procedural instruments able to prevent the establish of the effects of the preliminary injunction requested before the file of the main complaint. This is because, the Legislator, in drawing up the article 304, *caput*, of Brazilian Procedure Civil Code of 2015, has made a deliberate choice to use the term “*appeal*”, hence, this article aims to understand the necessity of stick with the literalness expression or if this terminology must be faced in a systematic and extending interpretation.

**Keywords:** Brazilian Procedure Civil Code of 2015. Article 304. Preliminary Injunction. Stabilization.

**Sumário:** 1. Introito Necessário ao Tema. 2. Ainda Preliminarmente: análise dos casos concretos. 2.1. Do recurso especial nº. 1.760.966/SP: posicionamento adotado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. 2.2. Do recurso especial nº. 1.797.365/RS: posicionamento adotado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. 2.3. Interpretações Colidentes: recurso especial nº. 1.760.966/SP vs. recurso especial nº. 1.797.365/RS. 3. Considerações Gerais: A Tutela Provisória Requerida em Procedimento Antecedente no CPC. 4. Da Exportação da Técnica da Estabilização. 5. Observações Quanto à Opção Legislativa da Expressão “*Recurso*”. 6. Da Equivocada Interpretação Extensiva Adotada pela Terceira Turma. 7. Considerações Finais.

### **1.Introito Necessário ao Tema.**

O vigente Código de Processo Civil<sup>73</sup>, como bem se sabe, positivou a possibilidade de se estabilizar, no tempo, a tutela provisória concedida em procedimento antecedente, porém, sem a necessidade de um pronunciamento de mérito para sua confirmação. Evidentemente que esta alteração – estabilização sem a necessidade de prolação de um pronunciamento final – constitui importante inovação ao se confrontar com o Código Buzaid.

Como será melhor esclarecido, a inovação ocorrida na seara processual provisória<sup>74</sup> carece de atenção, visto que é essencial o atendimento a determinados pressupostos, os quais estão previstos nos artigos 303 e 304, ambos do CPC. Um dos

---

73 Neste artigo, se adotará a abreviatura CPC atinente à expressão “Código de Processo Civil de 2015”.

74 Indiscutível que a estabilização da tutela antecipada é uma das principais novidades previstas no CPC, que caminha em sentido contrário ao revogado Código Buzaid. Oportuno ressaltar, no entanto, que a possibilidade de medidas sumárias autônomas já era contemplada, mesmo que de forma limitada, como, por exemplo, na Seção XV, do Capítulo II, do Livro III do Código de Processo Civil de 1973 (doravante “CPC/73”). Nesta Seção, também denominada de “*outras medidas provisionais*” pela doutrina, posto que o art. 888, do CPC/73, apresentava “*medidas que em sua maioria não tem natureza cautelar, mas satisfativa*” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 888). Sendo que, a expressão “provisionais” deve ser encarada ambigualmente, pois versa não apenas com relação à provisoriedade, mas, igualmente, à provisão, isto é, a adoção de medidas (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil, arts. 813 a 889*. Tomo II. Vol. VIII. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1991. P. 366/367). No mesmo sentido, recomenda-se: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. P. 140/150; e CALVOSA, Carlo. *La Tutela Cautelare (profilo sistematico)*. Torino: UTET. 1963. P. 184.

requisitos legais está positivado no *caput*, do art. 304 do CPC75, o qual exige, para que seja aplicada a estabilidade da medida provisória concedida, a ausência de interposição de recurso pela parte preliminarmente afetada com à antecipação da tutela almejada.

Com efeito, justamente por ser instrumento “inédito”<sup>76</sup>, não há grande acervo jurisprudencial, ainda hoje, acerca da efetividade, de fato, da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, uma vez que o instituto está sendo explorado gradualmente pelos sujeitos participantes do processo. No entanto, o que já se observa, é a mutação de, ao menos parte da doutrina, em interpretar tal pressuposto [ausência de interposição de recurso] para a estabilização da medida.

Ocorre que, a despeito de não se localizar relevantes discussões nos Tribunais a respeito de tal medida, observa-se que, em menos de um ano, o Superior Tribunal de Justiça<sup>77</sup>, por meio da Primeira e Terceira Turma, exarou interpretações diametralmente opostas atinente à estabilização da tutela provisória requerida na modalidade antecedente, quando do julgamento do recurso especial nº. 1.760.966/SP e 1.797.365/RS. A partir de tal situação, evidencia-se a importância de estudo quanto ao tema em discussão.

## **2. Ainda Preliminarmente: análise dos casos concretos.**

### **2.1 Do recurso especial nº. 1.760.966/SP: posicionamento adotado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.**

Inicialmente, no caso em análise, almejava-se a obtenção de tutela antecipada em procedimento antecedente, a qual foi liminarmente concedida, além de ter sido designada a audiência preliminar de conciliação, e, no mesmo instante, determinada a citação e a intimação da parte contrária.

Ocorre que, a parte contrária antecipou-se e ofertou contestação. Naquela oportunidade, a ré entendeu por bem, ainda, requerer a revogação da tutela antecipatória concedida. Finalmente, ainda optou por não interpor o recurso de agravo de instrumento em face da decisão que concedeu a tutela antecipatória.

Em ato subsequente, o juízo de primeiro grau, convencido pelos argumentos trazidos pela parte ré, optou por revogar a tutela antecipada inicialmente concedida. Diante de tal decisão, ao contrário do réu, a parte autora interpôs o recurso de agravo de

---

75 "Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 , torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso."

76 Como será melhor explicado, esta técnica, apesar de prevista apenas no vigente CPC, há muitos anos vem sendo debatida pelos estudiosos do Direito Processual Civil.

77 Neste artigo, se adotará a abreviatura STJ atinente ao Superior Tribunal de Justiça.



instrumento, sendo argumentado que, partindo-se da premissa de que não houve a interposição de recurso pela parte ré [em face da decisão que concedeu a tutela antecipada], teria, dessa maneira, sido estabilizada a tutela provisória concedida em princípio, o que, por consequência, impediria sua revogação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo optou por negar provimento ao recurso interposto pela autora, visto que não seria possível concluir, assentado na leitura da petição inicial, a intenção de se valer da estabilização da tutela provisória concedida em procedimento antecedente, conforme exigido pelo art. 304, §5º, do CPC.

Insatisfeita, a parte autora, ainda, interpôs recurso especial, pelo qual aduziu violação ao artigo 304, *caput* e §§2º, 3º, 5º e 6º, do CPC, destacando-se, especialmente, falha do Tribunal de Justiça em aplicar o artigo 304, §5º, do CPC, isto porque o referido dispositivo "*autoriza, desde que expressamente consignado na petição inicial, o requerimento, tão somente, da antecipação da tutela satisfativa, complementando-se os demais pedidos em aditamento*". Entretanto, como já esclarecido, a parte ré não recorreu da decisão que concedeu a tutela provisória e, por conseguinte, "*tornou-se estável, não sendo passível de reconsideração nos autos em que foi proferida*".

Após superado os trâmites de praxe, em 04 de dezembro de 2018, a Terceira Turma do STJ, julgou o mencionado recurso, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

A Terceira Turma, sob relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, consignou que, muito embora, ao examinar o *caput* do art. 304, se observa que "*A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*", não pode prevalecer, portanto, uma interpretação limitada, sendo mister a realização de análise sistemática e teleológica do referido dispositivo e instrumento processual.

Dessa maneira, no entendimento do Ministro Relator, a melhor interpretação seria a de que o dispositivo teria dito menos do que, em verdade, buscava positivar. De tal modo, ao se deparar com tal impasse, deve ser aplicada uma interpretação mais ampla do instituto processual, sendo, ao final, concluído que a estabilização ocorrerá tão somente "*se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária*"<sup>78</sup>.

---

78 Destaque no original.

No entendimento do Ministro, acompanhado por seus pares, não poderia ser aceito que, tão somente pelo fato do prejudicado com a tutela antecipada concedida ofertar contestação, e, neste momento, requerer o prosseguimento do feito, ocorreria a estabilização da tutela provisória. Ou seja, não há que se falar em estabilização se a parte afetada pela decisão liminar, no entendimento do STJ, mesmo que (i) apenas seja ofertada contestação ou outra espécie de manifestação requerendo o prosseguimento do feito e (ii) não seja interposto recurso [de agravo de instrumento] em face desta decisão.

Ademais, caso prevalecesse outro entendimento, irrefutavelmente ocorreria um estímulo à interposição de recursos aos Tribunais, que causaria ainda mais demora na prestação jurisdicional, em decorrência do aumento no número de recursos.

Além do mais, no mesmo julgamento, o STJ manifestou-se acerca do argumento desenvolvido pelo Tribunal Paulista, no sentido de que a autora teria falhado em requerer expressamente os efeitos da estabilização. De acordo com o Ministro, muito embora não tenha sido formulado, expressamente, pedido expresso de concessão de tal benefício, a partir de uma interpretação generalizada da petição inicial, seria absolutamente possível inferir que este era o seu objetivo, "*sobretudo em razão da existência de capítulo próprio pleiteando o direito de aditar posteriormente a petição inicial, procedimento que só se verifica na sistemática do (...) art. 303*".

## **2.2 Do recurso especial nº. 1.797.365/RS: posicionamento adotado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça**

Já no caso mais recente, julgado em outubro de 2019, tratava-se de pedido de tutela provisória na modalidade antecedente, a qual, da mesma forma do caso supra, foi liminarmente concedida, esta em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul.

O Ente Federativo ofertou contestação, sendo defendido, além do mérito propriamente dito, ser a peça defensiva suficiente para impedir a estabilização da tutela provisória concedida, prescindindo, por conseguinte, a interposição de recurso de agravo de instrumento em face da decisão liminar.

Superada a fase postulatória e instrutória, o juízo de primeiro grau extinguiu o referido processo e tornou estável a tutela antecipada previamente concedida. Diante de tal decisão, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso de apelação, sob o argumento de que a tutela provisória concedida não teria se estabilizado, posto que, com a oferta de contestação, teria sido demonstrado oposição ao requerimento formulado pela parte autora, o que, por consequência, impediria sua estabilização.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, convencido pela tese apelativa, deu provimento ao recurso, visto que "*a contestação apresentada pelo ente*

*estatal tem o mesmo efeito da eventual interposição de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada em caráter antecedente" (conf. fl. 293v do processo de origem).*

Diante da reforma da sentença de 1º grau, a instituição financeira autora interpôs recurso especial, pelo qual aduziu violação ao artigo 304, §1º, do CPC, além de apontar dissídio jurisprudencial com acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O recurso especial foi julgado em 03 de outubro de 2019, na Primeira Turma, sob relatoria do Ministro SÉRGIO KUKINA. O Ministro Relator, ao julgar o recurso especial em cotejo, voto para negar provimento ao recurso especial, pois *"a oportuna apresentação de peça contestatória, em que registrado o inconformismo da parte demandada, tanto quanto seu inequívoco desejo em prosseguir no debate sobre a pretensão autoral, revela-se, só por si, capaz de afastar o óbice da inércia do réu, enquanto elemento gerador da estabilização da tutela."*

O Ministro, além de ressaltar entendimento doutrinário no mesmo sentido, destacou o julgado proferido pela Terceira Turma, da mesma Corte, analisado no tópico precedente.

Ocorre que em face de tal entendimento, a Ministra Regina Helena Costa apresentou voto divergente para dar provimento ao recurso especial, sendo acompanhada pela maioria da Turma Julgadora. De acordo com a Relatora Designada, a melhor interpretação ao dispositivo em discussão (CPC, art. 304, §1º) seria a de que *"a não utilização da via própria – agravo de instrumento – para a impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de revisão"*. Isto porque, *"a interpretação ampliada do conceito, efetuada pelo tribunal de origem, caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional"*.

### **2.3 Interpretações Colidentes: recurso especial nº. 1.760.966/SP vs. recurso especial nº. 1.797.365/RS.**

A partir de análise preliminar do primeiro acórdão exarado pelo STJ, pode-se extrair duas impressões iniciais: (a) qualquer espécie de impugnação ao pedido da parte autora, seja por meio de agravo de instrumento ou, ainda, por pedido de revogação em

contestação, por exemplo, seria óbice à estabilização da tutela antecipada<sup>79</sup>; e (b) dispensável o requerimento expresso do benefício da estabilização pelo jurisdicionado.

Por outra via, conclui-se a partir da mais recente interpretação do STJ, o que, desde já se adianta, nos filiamos, que tão somente a interposição do competente recurso - *in casu*, o agravo de instrumento – em face da decisão que concede a tutela provisória na modalidade antecedente é apta a impedir a estabilização de seus efeitos.

Finalmente, sem prejuízo, o que se sobressaí, sob nosso ponto de vista, são as interpretações diametralmente opostas, pela mais alta Corte Superior [em matéria infraconstitucional], em um lapso temporal inferior a um ano, acerca da expressão "*recurso*" disposta no artigo 304 do CPC.

### **3.Considerações Gerais: A Tutela Provisória Requerida em Procedimento Antecedente no CPC.**

Inicialmente, se mostra relevante para a discussão, tecer breves comentários atinentes ao instituto da tutela provisória no procedimento antecedente, especialmente diante de sua recém positivação.

O CPC traz, em seus artigos 294 ao 311, a denominada "*tutela provisória*", categoria geral que abarca as chamadas tutelas de urgência [com duas espécies a saber: cautelar e antecipada] e de evidência. Via de regra, tais institutos, da mesma forma que o CPC/73, mantém o princípio de que se tratam de tutelas, por serem concedidas em cognição não exauriente, precárias e provisórias.

Especificamente com relação à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, esta é regulada pelos artigos 303 e 304 do CPC. A partir da leitura de tais dispositivos, denota-se que, para ser possível a exploração desse procedimento, a parte autora deverá, na petição inaugural, pleitear a tutela antecipada de urgência e demonstrar que a necessidade de sua concessão é contemporânea à propositura da ação. Imprescindível, ainda, ser pormenorizado o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo e, finalmente, indicar o pleito final (CPC, art. 303).

---

<sup>79</sup> Nesse viés, mostra-se oportuno destacar, ainda, o lembrete da doutrina de que "(...) *do ponto de vista da teoria dos precedentes, a ratio decidendi é aplicável apenas à contestação, que foi o remédio jurídico processual utilizado pela parte ré para impugnar o pedido de estabilização da tutela antecipada. Outros mecanismos específicos não foram analisados pela decisão.*" (PEIXOTO, Ravi. *Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente de Urgência: Instrumentos Processuais Aptos a Impedi-la e Interpretação da Petição Inicial – Uma Análise do Recurso Especial 1.760.966*. In: Revista de Processo nº. 292. P. 357/374. São Paulo. 2019).

Caso sobrevenha o indeferimento da tutela antecipada, o juiz deverá determinar o aditamento da petição inicial, o qual deverá ocorrer em até cinco dias, isto para possibilitar a instauração do procedimento ordinário, no qual ocorrerá, de fato, cognição plena e exauriente. Caso, contudo, tal aditamento não seja realizado, o processo será extinto sem resolução do mérito, conforme previsto no art. 303, § 6º, do CPC.

Por outro lado, caso seja deferida a tutela antecipatória, da mesma forma, a parte autora será intimada para providenciar o aditamento da petição inicial, no prazo de 15 dias, com eventual complementação da argumentação já exposta, sem prejuízo de apresentação de novos documentos e ratificação do pleito final (CPC, art. 303, §1º). No mesmo ato, o juiz determinará a citação e intimação da parte contrária para a audiência preliminar de conciliação ou mediação (CPC, art. 303), momento que passará a fluir o prazo para a interposição do recurso de agravo de instrumento em face da decisão que concedeu a tutela provisória (CPC, art. 304).

Caso, contudo, a parte contrária expresse sua oposição à tutela antecipatória concedida, ocorrerá a estabilização da tutela antecipada [que será melhor esclarecido a seguir] e, assim, o processo será extinto, com a manutenção dos efeitos da antecipação de tutela (CPC, art. 303, §§ 1º e 3º). Após a extinção desse processo, ambas as partes poderão ajuizar ação autônoma, com o objetivo de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada (CPC, art. 303, § 2º).

#### **4. Da Exportação da Técnica da Estabilização.**

Como mencionado, na hipótese de ser deferida a tutela antecipatória, e a parte contrária quedar-se inerte, ocorre a estabilidade da tutela concedida (CPC, art. 304).

Ao se observar a "*estabilização da tutela antecipada*", a qual, de certa forma se destoa das diretrizes gerais das tutelas provisórias, prevista no art. 304 do CPC80, se nota evidente mitigação do caráter precário e provisório das tutelas antecipadas. Esta nova técnica positivada, indubitavelmente, buscou inspiração no ordenamento processual francês<sup>81</sup> (*référé*) e italiano<sup>82</sup>. Infelizmente, no presente artigo não será possível se

---

80 Importante destacar, ainda, que a redação do art. 304 do CPC apresenta razoáveis diferenças em referência ao texto final aprovado pelo Senado da República e, sobretudo, da redação do anteprojeto originalmente apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pela Presidência do Senado em 2009.

81 Nesse sentido: TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti d'urgenza*. Pádua: CEDAM, 1983 e COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*. 16. ed. Paris: Sirey, 2011.

82 A inspiração não se trata de mero achismo, mas é, em verdade, verificada na Exposição de Motivos do anteprojeto: "(...) também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no

aprofundar na análise das tutelas sumárias [potencialmente] autônomas em outros ordenamentos jurídicos, especialmente o italiano e francês<sup>83</sup>.

A técnica da estabilização, segundo a doutrina<sup>84</sup>, possibilita, em termos carnelluttianos, a permanência dos efeitos da tutela liminar concedida, sem, no entanto, ser necessário o pronunciamento de mérito<sup>85</sup>.

Isso porque, da mesma forma que no direito francês, o ajuizamento da ação principal se torna dispensável e, a despeito de ser concedida em cognição sumária, a tutela jurisdicional passa a ter seus efeitos perdurados *ad eternum*, exceto se a parte “prejudicada” intentar alguma das medidas previstas no CPC.

A técnica, apesar de inédita e em vigência desde meados de março de 2016, não é historicamente nova, visto que, ao que parece, vem sendo discutida na Academia desde, ao menos, a última década do século XX. O incômodo com a demora na prestação jurisdicional, como bem se sabe, sempre foi tópico de calorosos debates entre os envolvidos na relação processual.

Nesse sentido, já em 1997, ADA PELLEGRINI propôs que a falta de irresignação à concessão da tutela antecipatória deveria ser convertida em sentença de mérito e, por conseguinte, equiparada e passível de proteção pela coisa julgada<sup>86</sup>. O objetivo primordial

---

*sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária”.*

83 Acredita-se que esta comparação, independentemente de sua metodologia, macro ou micro (SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing, 2014), poderia trazer importantes elementos teóricos para melhor se compreender a técnica da estabilização, contudo, infelizmente, tal esforço se mostra incompatível com o escopo do presente trabalho.

84 Sobre a dispensabilidade de pronunciamento de mérito: MACHADO, Marcelo Pacheco. *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise de proposta do projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo nº. 202. P. 233/268. 2011.

85 Nesse sentido: FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve Análise Sobre as Recentes Propostas de Estabilização das Medidas de Urgência*. In: Revista de Processo nº. 225. São Paulo. 2013. P. 184; GOMES, Frederico Augusto. *A Estabilização da Tutela Antecipada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. P. 29/42.

86 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Proposta de Alteração do Código de Processo Civil: justificativa*. In: Revista de Processo nº. 86. P. 191/195. São Paulo. 1997.

da técnica é dispensar o pronunciamento de mérito, desde que presentes os pressupostos processuais, como se confere na lição de HEITOR VITOR MENDONÇA SICA<sup>87</sup>:

*"O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juiz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento."*

A partir da leitura, em conjunta, dos artigos 303 e 304 do CPC, observa-se a necessidade de se comprovar a presença concomitante de 4 (quatro) condições para a possibilidade de utilizar-se de tal técnica, quais sejam: (i) tenha ocorrido o deferimento da tutela provisória de urgência satisfativa requerida em procedimento antecedente e autônomo; (ii) a parte autora tenha requerido a aplicação dos efeitos da estabilidade na petição inicial; (iii) a decisão antecipatória, obrigatoriamente, deve ter sido proferida liminarmente (*inaudita altera parte*); e, por fim, (iv) a ausência de interposição de recurso pelo réu em face da decisão que deferiu a tutela provisória.

De tal modo, como explica LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO<sup>88</sup>, o objetivo primordial da técnica da estabilização é proporcionar que, a decisão exarada em sede de pedido de tutela provisória no procedimento antecedente, seja mantido os seus efeitos, independentemente da manutenção do processo para se obter seu consequente exaurimento.

Como inicialmente destacado, o escopo do presente trabalho é a análise, segundo o decidido nos acórdãos em estudo, do último requisito para aplicação da estabilização da tutela antecipatória. Isto como uma tentativa de compreensão da real intenção do Legislador ao estipular a expressão "*recurso*" no artigo 304 do CPC. Bem assim, passa-se a examinar este requisito, em específico, para aplicação desta técnica<sup>89</sup>.

---

87 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Tutela Antecipada Antecedente*. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo III (recurso eletrônico). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017. P. 4.

88 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. P. 224/225.

89 Sobre os demais requisitos, diversas obras poderiam ser recomendadas, sendo que, a nosso ver, merece destaque: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Op. Cit.*; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Op. Cit.*; GOMES, Frederico Augusto. *Op. Cit.*; REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e a negociação da tutela de urgência antecipada antecedentes: principais controvérsias*. In: Revista de Processo nº. 244. São Paulo.

## 5. Observações Quanto à Opção Legislativa da Expressão "Recurso".

Certamente, como já pôde se notar, este requisito [para estabilização da tutela] é um dos mais polêmicos. A redação do art. 304 do CPC, ao contrário de outros dispositivos, é precisa de que "*a tutela antecipada concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se a decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*".

Ora, em primeira leitura do referido dispositivo, não deixaria dúvidas que, exceto se interposto o cabível recurso em face da decisão que concede a tutela antecipada no procedimento antecedente, se estabilizaria os efeitos oriundos da tutela [desde que preenchidas as outras três condições]. Aliado à esta primeira ideia, ainda se tem que recurso é tão somente os elencados pela Legislação Processual (CPC, art. 994). Na mesma linha de entendimento, observe-se o esclarecido pela doutrina<sup>90</sup>:

*"[...] recurso é um conceito técnico extraído da lei por meio de um raciocínio indutivo, prevalecendo a ideia de que só pode ser considerado como recurso aquilo que a lei assim chama."*

Certamente por este motivo que, durante os quase quarenta anos de vigência do CPC/73 e até o presente momento, prevalece a premissa de que recurso é o meio pelo qual os jurisdicionados, voluntariamente, impugnam as decisões judiciais, com o escopo de obter, do Tribunal *ad quem*, a invalidação, reforma ou integração do pronunciamento judicial impugnado<sup>91</sup>.

Logo, resta devidamente compreendido – e corroborado – que recurso é a utilização de ferramentas previstas em Lei, voluntariamente pelos jurisdicionados, como forma de impugnar às decisões judiciais<sup>92</sup>.

Sendo assim, partindo-se de tal premissa, combinado com o artigo 1.015, inciso I, do CPC, a única ferramenta capaz de obstar à estabilização da tutela antecipada

---

2015; e LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da Tutela Antecipada no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo nº. 260. São Paulo. 2016. P. 115.

<sup>90</sup> GOMES, Frederico Augusto. *Op. Cit.* P. 73.

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 498.

<sup>92</sup> Ainda, cabe lembrar, que o professor Leonardo Carneiro da Cunha, com o intuito de condenar o erro de atribuir aspecto recursal aos embargos monitórios, explica que "*somente se consideram recursos aqueles mecanismos expressamente previstos em lei como tal. Com efeito, diante do princípio da taxatividade, os recursos estão, todos eles, previstos ou taxados na lei, não podendo ser atribuída natureza recursal a um instrumento que não se encontre no rol dos recursos*" (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública e o Procedimento Monitório*. In: Revista de Processo nº. 124. São Paulo. 2005. P. 63).



concedida no procedimento antecedente seria a interposição do recurso de agravo de instrumento<sup>93</sup>.

Parcela razoável da doutrina<sup>94</sup>, no entanto, antes mesmo do julgamento do primeiro recurso em análise, passou a ignorar não apenas o tradicional entendimento processual civil, mas, sobretudo, a clareza da expressão disposta no art. 304 do CPC, e passou a se defender, veemente, que outros meios de impugnação deveriam ser considerados como suficientes para impedir à estabilização da medida excepcional concedida<sup>95</sup>.

Para CÁSSIO SCARPINELLA BUENO<sup>96</sup>, por exemplo, deve-se aceitar qualquer forma de impugnação do réu em face da decisão antecipatória, independentemente de sua natureza. Em entendimento similar, FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA<sup>97</sup>, porém sob análise da clareza do art. 304 do CPC, aduzem que:

*"[...] a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada vai além disso: é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão (ex.: suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que apresentados no prazo de que dispõe para a parte recorrer)."*

Os doutrinadores supracitados<sup>98</sup>, ainda, prosseguem defendendo que a apresentação de defesa, no prazo recursal, seria um dado importante, "porque afasta a

---

93 Esta ferramenta recursal, por óbvio, está bem-disposta no rol, taxativo, dos recursos, como se pode verificar no art. 994, II, do CPC.

94 Como será melhor esclarecido, estudiosos do Direito Processual Civil passaram a defender este entendimento amplo quanto à expressão "recurso", tais como: Cássio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Amorim Assumpção Neves, entre outros.

95 Uma das possíveis justificativas para a mudança de entendimento, eivada de qualquer comprovação, seria o inconformismo com o texto final aprovado pelo Poder Legislativo, visto que a redação anterior expressamente consignava que qualquer meio de irresignação, por parte do réu, seria suficiente para impedir a estabilidade da tutela antecipatória.

96 SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. P. 233

97 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. P. 621.

98 Ibid. P. 622.

*inércia e, com isso, a estabilização*". Nesta mesma linha de raciocínio, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO<sup>99</sup> defendem que a

*"[...] vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento."*

LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO, ainda, aponta que, a despeito de, em uma interpretação literal do art. 304 do CPC, prevalecer a ideia de que, o que ditará a estabilização ou não os efeitos da decisão antecipatória é a interposição de recurso, deve ser interpretado que *"qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo"* 100.

Em sentido semelhante, mas sob ângulo díspar, DANIEL AMORIM NEVES<sup>101</sup> defende que ao se ler a expressão "recurso", cabe ao intérprete a substituir por "impugnação". Abordagem distinta, mas interessante, é o posicionamento adotado por BRUNO GARCIA REDONDO<sup>102</sup>, ao realizar evidente confronto entre o princípio do contraditório e da ampla defesa vs. segurança jurídica [a partir da ampliação da interpretação da expressão "recurso"]<sup>103</sup>, defende ser:

*"[...] a interpretação constitucional mais adequada, à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa, é a de qualquer ato impugnativo latu sensu do réu, apresentado dentro do prazo do recurso, deve servir ao condão de impedir a estabilização da tutela antecedente e a extinção do processo."*

---

99 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. P. 216.

100 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Op. Cit.* P. 227.

101 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016. P. 451/452.

102 REDONDO, Bruno Garcia. *Op. Cit.* P. 175.

103 Em sentido semelhante, isto é, em viés direcionado aos princípios processuais constitucionais também caminham: LIMA, Bernardo da Silva; EXPÓSITO, Gabriela. *Porque tudo que é vivo, morre: comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC*. In: Revista de Processo nº. 250. São Paulo. 2015. P. 185; LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Op. Cit.* P. 115.

Com aparente intuito de justificar a interpretação [alteração] extensiva, tarefa alheia à doutrina, visto que de exclusividade do Poder Legislativo, LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>104</sup>, esclarece

*“O legislador tratou mal da tutela provisória. Em vários pontos, sendo este apenas um deles. Bem por isso, a doutrina tem que elaborar freios para que desastres não aconteçam. Diante da generalização dos efeitos da não atuação do demandado, é preciso que qualquer forma de reação, ainda que não o agravo de instrumento, seja vista como sinal de inconformidade, capaz de determinar o prosseguimento do processo não apenas para a discussão do caso, mas para que o autor se desincumba do ônus de provar as alegações de fato que foram admitidas como prováveis. [...] Mas se o autor [sic], ao receber a intimação da efetivação da tutela antecipada, apresenta petição impugnando a forma concedida para a prestação da tutela ou a sua efetivação e, por lapso, perde o prazo do agravo de instrumento, há que se considerar a sua petição como inconformismo com a tutela antecipada.”*

DANIEL MITIDIERO, por sua vez, ao defender a interpretação teleológica do dispositivo em análise, argumenta que a *“solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade, constante da contestação”*<sup>105</sup>, visto que haveria absoluto interesse da parte ré – afetada com os efeitos oriundos da antecipação da tutela – em obter pronunciamento de mérito.

A partir de análise, não exauriente, dos defensores da interpretação ampliada, denota-se que poderia se concluir pela inconstitucionalidade da extinção do processo, com a estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida, na hipótese de a parte ré ter manifestado, de alguma forma, irrisignação ao pleito autoral. Isto porque, em síntese, ao assim fazer, a parte ré, por óbvio, almeja a obtenção de um pronunciamento de mérito e, portanto, exauriente.

---

<sup>104</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 2ª Ed., rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. P. 234.

<sup>105</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.* P. 146.

Em sentido contrário, em aparente minoria, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA<sup>106</sup> defende que

*"[...] o texto normativo refere-se a recurso, que é, aliás, o único meio que impede a preclusão. A estabilização decorre, portanto, da ausência de agravo de instrumento, que é o recurso cabível contra a decisão que versa sobre tutela provisória (CPC, art. 1.015, I). Qualquer outro meio de impugnação não impede a estabilização."*

Filia-se a tal entendimento ARRUDA ALVIM<sup>107</sup>, notadamente no tocante à expressão "recurso" previsto no dispositivo em estudo, ao argumentar

*"Em princípio a redação do dispositivo é bastante clara, e parece ser adequada uma interpretação restritiva para impedir que outras manifestações do réu que signifiquem a quebra de sua inércia e a impugnação da decisão que concedeu a medida possam evitar a extinção do processo."*

Da mesma maneira opinam LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, ao consignarem que *"se o réu não interpuser recurso contra a decisão que, em primeiro grau, concede a tutela antecipada antecedente, essa estabilizar-se-á"*<sup>108</sup>.

Ainda, nesse mesmo posicionamento doutrinário, isto é, pela interpretação taxativa do art. 304 do CPC, DIERLE NUNES e ÉRICO ANDRADE<sup>109</sup> defendem

*"[...] em razão de que o legislador do novo Código adotou, aqui, posição expressa no sentido de optar pelo recurso como o meio para impedir a estabilização, considerando, inclusive, que nas versões anteriores do projeto se utilizava o termo mais abrangente 'impugnação' e, afora, no*

---

106 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016. P. 313.

107 ARRUDA ALVIM, José Manual de. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. P. 768.

108 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional*. Vol. I. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. P. 891.

109 NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada*. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Novo CPC Doutrina Seleccionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Vol. 4. Salvador: Editora JusPodivm. 2016. P. 83/84.

*projeto aprovado e que se transformou no novo CPC houve uma tomada de posição quanto ao instrumento processual capaz de impedir a estabilização: o recurso.”*

De tal modo, percebe-se, infelizmente, a existência de evidente dissenso doutrinário quanto à interpretação da expressão “recurso” prevista no art. 304, *caput*, do CPC. Como já fora adiantado, o STJ aparenta coadunar com o posicionamento da doutrina, possivelmente majoritário, que defende uma interpretação ampliativa e irrestrita. Desta feita, a seguir, será melhor esmiuçada a argumentação exarada no acórdão que julgou o recurso especial nº. 1.760.966/SP.

## **6. Da Equivocada Interpretação Extensiva Adotada pela Terceira Turma.**

Como já adiantado no início do presente trabalho, quando do julgamento do recurso especial nº. 1.760.966/SP, o STJ optou por exercer uma análise sistemática e teleológica do art. 304 do CPC, isto é, deixando de lado a clareza da ordem positivada e acolhendo o argumento de que a mera manifestação da parte afetada com a antecipação da tutela é suficiente para ser encarado como óbice à aplicação da técnica da estabilização.

O *caput*, do art. 304 do CPC, como também já visto, expõe como condição, para a estabilização, a inexistência de interposição de recurso, o qual, como também já fundamentado, é o meio pelo qual os jurisdicionados, de forma voluntária, impugnam as decisões judiciais, com o escopo de obter, do Tribunal *ad quem*, a invalidação, reforma ou integração do pronunciamento judicial impugnado. Sendo oportuno reiterar que as espécies de recursos são aquelas arroladas pelo art. 994 do CPC.

A partir de tal consideração, com o devido respeito a entendimento diverso, não aparenta ter sido a melhor interpretação adotada pela Terceira Turma do STJ, isto ao equiparar a contestação, reconvenção, ou qualquer outro meio de impugnação, exceto o recurso cabível (agravo de instrumento, a depender do grau de jurisdição que concedida a tutela antecipatória). Nesse sentido, FREDERICO AUGUSTO GOMES<sup>110</sup>, atinente à controvérsia doutrinária, destaca

*“A adscrição de sentido a um texto legal – uma vez que, como é cediço, interpretar é atribuir sentido – não pode ignorar o significado das palavras daquele texto. Não pode ignorar também que o sentido se constrói*

---

<sup>110</sup> GOMES, Frederico Augusto. *Op Cit.* P. 76.

*intersubjetivamente, ou seja, a partir dos campos de consenso acerca do que as palavras daquele texto podem significar.”*

Como já mencionado, o STJ, por meio do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, optou por ampliar, em verdade, a vontade do Legislador, sob a justificativa de que “*a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária*”. Ou seja, a Corte Superior tratou como sinônimo as expressões “recurso” e “impugnação”, o que, a nosso ver, com o acatamento a entendimento diverso, não constitui acerto.

Isso porque, ao assim agir, ao que parece, restaram ignoradas às discussões travadas na seara Legislativa atinentes a tal dispositivo. Sobre tal aspecto, FREDERICO AUGUSTO GOMES<sup>111</sup> é categórico quanto à tal impossibilidade

*“[...] não é possível dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Os termos técnico-jurídicos têm história, foram debatidos doutrinariamente e ganharam significado na prática forense diante das decisões dos tribunais pátrios. Não é possível ignorar esse contexto e atribuir a um termo – o recurso – um significado que não prevaleceu. Ademais, a defesa de que qualquer meio de impugnação à tutela antecipada antecedente concedida é apta a afastar sua estabilização é um verdadeiro golpe contra o produto do devido processo legislativo.”*

Importante destacar, nesse sentido, como bem fez o doutrinador supracitado, que a discussão sobre a terminologia [“impugnação” e “recurso”] foi amplamente discutida durante a tramitação do anteprojeto na Casa Legislativa. Ora, se houve evidente escolha do Poder Legislativo, entre as expressões, pelo termo “recurso”, deve, por conseguinte, realizar interpretação literal deste.

Este fato foi destacado pela Ministra REGINA HELENA COSTA ao consignar em seu voto no julgamento do recurso especial nº. 1.797.365/RS

*“[...] durante a tramitação legislativa, optou-se por abandonar expressão mais ampla – “não havendo impugnação” (sem explicitação do meio impugnativo) – e a Lei n. 13.105/2015 adveio contendo expressão diversa – “não for interposto o respectivo recurso”. Logo, a interpretação ampliada do conceito, efetuada pelo tribunal de origem, caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional.”*

Não se ignora, todavia, combativa argumentação diversa, por processualistas e pelo próprio STJ, de que, ao empregar interpretação ampliada, estaria tomando como

---

<sup>111</sup> Ibid. P. 76.

base a verdadeira intenção do legislador<sup>112</sup>. Não deve, portanto, pairar dúvidas sobre quais seriam os “recursos”, na medida em que taxativamente delimitados pelo art. 994 do CPC.

Com a devida vênia, no instante que a Terceira Turma do STJ interpretou o termo “recurso” como “*qualquer tipo de impugnação*”, de fato, restou categoricamente desprezado o processo democrático na aprovação da vigente Legislação Processual. O estudo do ordenamento jurídico, não se constitui estudo objetivo e exato, visto que, pelas regras da experiência, é composto pelo exercício do intérprete da norma<sup>113</sup>, entretanto o ponto de partida deve ser respeitado, como também explica o autor<sup>114</sup> citado

*“É por isso que atribuir ao termo recurso o significado amplo de qualquer impugnação é ignorar o consenso obtido no parlamento. A norma não é um dado pronto, isso é verdade. Ela é construída pelo intérprete, mas o é a partir de uma base que é dada previamente pelo Poder Legislativo, a qual não pode ser simplesmente ignorada por se pensar ser mais conveniente.”*

Entretanto, não se nega a infelicidade da prevalência da terminologia “recurso”, visto que absolutamente restritiva e notoriamente, como bem se sabe, os atores processuais se deparam com meios de impugnação, que exercem, de fato, a mesma função impugnativa à concessão da tutela antecipatória, mas que não se constituem como recurso. No entanto, infelizmente, não é atribuição do STJ, tampouco da doutrina, legislar e ampliar, *data venia*, a extensão do que democraticamente prevaleceu no trâmite legislativo.

Sendo assim, novamente com o devido respeito ao forte posicionamento contrário, a conclusão exarada pela Terceira Turma do STJ, a nosso ver, não se mostra correta, porquanto extrapola sua atuação, de intérprete das normas infraconstitucionais (*in casu*, o art. 304 do CPC), e, sobretudo desconsidera a verdadeira intenção do Legislador, o

---

112 Nesse sentido, recomenda-se: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge/MA: University Press. 1986. P. 141/150.

113 Neste aspecto, TERESA ARRUDA ALVIM e MARIA LÚCIA CONCEIÇÃO, em importante obra acerca da ação rescisória, discorrem brevemente, mas brilhantemente, sobre o real significado do direito e seu intérprete, sendo destacado pelas autoras que “*a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência, como se esses dois elementos desempenhassem uma função de ‘engate lógico’ entre a lei e os fatos. Daí pode se extrair o conceito de direito: um fenômeno que se apoia na lei, na jurisprudência e na doutrina.*” (ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação Rescisória e Querela Nullitatis: Semelhanças e Diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. P. 235).

114 GOMES, Frederico Augusto. *Op Cit.* P. 77.

que, ao contrário do fundamentado, proporciona uma insegurança jurídica em grau ainda mais elevado.

## **7.Considerações Finais.**

A partir de todo o exposto, em breves considerações finais, entende-se que a primeira interpretação adotada pelo STJ, ao se analisar o acórdão que julgou o recurso especial nº. 1.760.966/SP, consoante com o posicionamento – aparentemente – majoritário da doutrina, não se mostra correta e, em verdade, caminha em sentido *contra legem*.

Felizmente, meses após tal interpretação, a mesma Colenda Corte exarou entendimento diverso e, a nosso ver, escorreito. Ocorre que, como bem se sabe, o vigente CPC muito se preocupou com a uniformização da jurisprudência, isto com o escopo de conceder maior segurança jurídica aos jurisdicionados. A partir desta análise, todavia, se depara com mais um caso concreto, lamentavelmente, dentre diversos outros, de entendimento diametralmente oposto pelo Poder Judiciário para situação idêntica.

Com efeito, considerando-se o quanto esmiuçado, resta evidente que a melhor interpretação ao artigo 304 do CPC deve ser a literal, isto é, restritiva, atinente aos meios de impugnação suficientes para impedir a aplicação da técnica de estabilização a estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida no procedimento antecedente, motivo pelo qual, a nosso ver, o julgado sob análise não constitui a melhor interpretação ao dispositivo em estudo. Destarte, cabe aguardar a forma que os Tribunais Nacionais irão encarar as interpretações ofertadas pelo STJ.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARRUDA ALVIM, José Manual de. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes*. 18ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação Rescisória e Querela Nullitatis: Semelhanças e Diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

CALVOSA, Carlo. *La Tutela Cautelare (profilo sistematico)*. Torino: UTET. 1963.

COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. *Procédure civile*. 16. ed. Paris: Sirey, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública e o Procedimento Monitório*. In: Revista de Processo nº. 124. São Paulo. 2005.

\_\_\_\_\_. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.



DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge/MA: University Press. 1986.

FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve Análise Sobre as Recentes Propostas de Estabilização das Medidas de Urgência*. In: Revista de Processo nº. 225. São Paulo. 2013. P. 179/219.

GOMES, Frederico Augusto. *A Estabilização da Tutela Antecipada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Proposta de Alteração do Código de Processo Civil: justificativa*. In: Revista de Processo nº. 86. P. 191/195. São Paulo. 1997.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da Tutela Antecipada no Novo Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo nº. 260. São Paulo. 2016.

LIMA, Bernardo da Silva; EXPÓSITO, Gabriela. *Porque tudo que é vivo, morre: comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC*. In: Revista de Processo nº. 250. São Paulo. 2015. P. 167/187.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise de proposta do projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo nº. 202. P. 233/268. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 2ª Ed., rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 4ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada*. In:

DIDIER JR., Fredie (coord. Geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Novo CPC Doutrina Seleccionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Vol. 4. Salvador: Editora JusPodivm. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil, arts. 813 a 889*. Tomo II. Vol. VIII. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1991.

PEIXOTO, Ravi. *Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente de Urgência: Instrumentos Processuais Aptos a Impedi-la e Interpretação da Petição Inicial – Uma Análise do Recurso Especial 1.760.966*. In: Revista de Processo nº. 292. P. 357/374. 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e a negociação da tutela de urgência antecipada antecedentes: principais controvérsias*. In: Revista de Processo nº. 244. São Paulo. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015*. 3ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Tutela Antecipada Antecedente*. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo III (recurso eletrônico). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017.

TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti d'urgenza*. Pádua: CEDAM, 1983.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional*. Vol. I. 16ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

## **HISTÓRIA DA CRIAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LEGISLAÇÃO VIGENTE**

**GUILHERME BARBOSA FRANCO PEDRESCHI:**

Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

**RESUMO:** Este estudo perscrutou um esboço histórico da criação dos juizados especiais cíveis, e explorou os fundamentos de sua criação. Após, analisou brevemente a legislação vigente e seus princípios norteadores. Para sua execução, o trabalho teve como metodologia a pesquisa e consulta bibliográfica, bem como análise de jurisprudência e consulta aos artigos e notícias publicados na rede mundial de computadores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juizados Especiais Cíveis; Acesso à Justiça; Princípios Norteadores; Fazenda Pública.

**ABSTRACT:** This study scrutinized a historical outline of the creation of special civil courts, and explored the foundations of their creation. Afterwards, it briefly analyzed the current legislation and its guiding principles. For its execution, the work had as methodology the research and bibliographic consultation, as well as jurisprudence analysis and consultation of articles and news published on the world wide web.

**KEYWORDS:** Special Civil Courts; Access to justice; Guiding Principles; Public Advocacy.

### **1. Introdução**

A idealização dos juizados especiais surgiu da busca à facilitação do acesso à justiça e redução da litigiosidade contida, simplificando, portanto, o exercício da cidadania.

Neste contexto, almejam os juizados especiais proporcionar a todos uma jurisdição mais simples, informal, célere e econômica, utilizando-se de uma sistemática processual própria, fundamentada em princípios peculiares.

Dessarte, leciona Joel Dias Figueiredo Júnior (2017, p. 33):

em outras palavras, através desta forma alternativa de resolução de controvérsias implementada no âmago do próprio Poder Judiciário, busca-se a satisfação do jurisdicionado, a solução ou a diminuição da crise da jurisdição e a conseqüente pacificação social,

transformando-se o mito em realidade.

Destaca o professor (idem), ainda, que os juizados especiais não representam um “minus” na prestação da tutela jurisdicional, ou uma “justiça menor”:

Os Juizados Especiais não podem ser considerados uma Justiça de segunda classe, porquanto não refletem qualquer dado indicativo capaz de importar num desprestígio ou diminuição para a resolução de controvérsias. Ao contrário, as faixas valorativas de limitação imposta pelo legislador em quarenta salários mínimos (Lei n. 9.099/95) e sessenta salários mínimos (Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 12.153/2009) significam o alcance de litígios que atingirão o interesse de todas as classes sociais, sobretudo se consideramos que a renda *per capita* do povo brasileiro gira em torno de quatro mil dólares. Essa nova forma de prestar jurisdição significa antes de tudo um avanço legislativo de origem eminentemente constitucional, que vem dar guarida aos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos abastada, de uma Justiça apta a proporcionar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de levar à liberação da indesejável litigiosidade contida e, (...). Em última análise, trata-se de mecanismo hábil de ampliação do *acesso à ordem jurídica mista*. Sem dúvida, a *morosidade* na prestação da tutela jurisdicional é o maior problema que aflige os jurisdicionados e os próprios magistrados integrantes do Poder, diante do crescente aumento da litigiosidade com a consequente tendência à eternização dos processos.

O presente trabalho tem como escopo apresentar o contexto e panorama histórico da sua criação, além de apresentar, de forma breve como está sedimentado na legislação atual o seu funcionamento e quais princípios os regem.

Como se verá, são três os tipos de juizados especiais cíveis existentes, quais sejam, os Juizados Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, essa última no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Município. Cada qual possui regulamentação própria, e integram um microsistema dos juizados especiais.

## **2. História, criação e implementação dos juizados especiais no Brasil**

Apesar da tardia elaboração de lei instituindo os juizados especiais, sua criação, após o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no ano de 1934, sempre foi objeto de previsão constitucional. Com efeito, dispunha o artigo 113, item 25, que “Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de

exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas.”

Mais adiante, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada no ano de 1937, dispôs no artigo 106 que “Os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor (...)” Nota-se, nesta conjuntura, que o poder constituinte originário passou a adotar o critério do valor da causa para a submissão de processos ao rito dos juizados especiais, porém, não delimitou o alcance da expressão “pequeno valor”, fórmula essa que se manteve no texto constitucional até os dias atuais, de constituição a constituição.

No mesmo sentido, utilizando como razão o valor da causa, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no ano de 1946, previu no artigo 124, inciso XI, que “(...) poderão ser criados cargos de juízes togados com investidura limitada ou não a certo tempo, e competência para julgamento das causas de pequeno valor (...)”.

A Constituição da República Federativa do Brasil, autoproclamada promulgada no ano de 1967 (a despeito de parte da doutrina entender que foi outorgada unilateralmente pelo regime ditatorial implantado), manteve a previsão dos juizados especiais em razão do valor da causa, conforme disposto no artigo 136, §1º, alínea *b*, estabelecendo que

A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: (...) Juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir Juízes vitalícios (...).

A Emenda Constitucional outorgada em 1969 (que por seu caráter revolucionário foi considerada verdadeira manifestação de novo poder constituinte originário) também manteve em sua redação a previsão de julgamento pelos juizados especiais das causas de pequeno valor. Inovou, porém, ao dispor que os juizados especiais também possuiriam competência para o julgamento de crimes a que não fossem cominadas penas de reclusão, nos termos do artigo 144, §1º, alínea *b*:

A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: (...) juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e de crime a que não seja cominada pena de reclusão, e poderão substituir juízes vitalícios (...).

A efetiva criação dos juizados especiais, porém, somente ocorreu no ano

de 1984, quando foi elaborada e sancionada a Lei de número 7.244, datada de 07 de novembro, cuja vigência perdurou até o ano de 1995.

Referida lei foi fruto do Projeto de Lei número 1.950 de 1983, e dispunha sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, tornando-se o marco inicial dos juizados especiais no país. A comissão formada para a elaboração da referida lei reunia juristas de grande renome, dentre eles Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

O artigo primeiro da lei dispunha que a utilização do procedimento especial era opção da parte, nas causas de reduzido valor econômico o que, nos termos do artigo terceiro, limitava-se ao teto de 20 (vinte) salários mínimos. Por sua vez, o artigo segundo determinava que o processo seria orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, e que a conciliação entre as partes seria sempre buscada.

Em que pese elaborada a lei enquanto vigente a Emenda Constitucional de 1969, o texto legal não regulou o julgamento de crimes pela sistemática dos juizados especiais, matéria cujo poder constituinte originário já autorizara a legislação.

No ano de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, atualmente vigente, cujo texto manteve a previsão acerca dos juizados especiais.

Referida Constituição tratou dos juizados especiais em dois artigos distintos.

No artigo 24, dispôs que: "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; (...)".

Por sua vez, o artigo 98 disciplinou que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...)

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no

âmbito da Justiça Federal. (...).

Explica a doutrina que a disposição constitucional demonstrou que, originariamente, a intenção do poder constituinte era criar dois institutos diferentes: o juizado de pequenas causas e os juizados especiais cíveis, que teriam coexistência harmônica no ordenamento jurídico.

Neste cenário, os juizados de pequenas causas seriam os órgãos competentes para as causas de pequeno valor que, nos termos da lei que já vigia à época (Lei 7.244/84), eram as causas cujo valor não ultrapassava o teto de 20 salários mínimos.

De outra banda, os juizados especiais cíveis, nos termos do artigo 98, inciso I, seriam os competentes a julgar as causas de menor complexidade, fator esse que não apresenta ligação com o valor da causa, nos termos que explica Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 31):

(...) Parece-me evidente que a menor complexidade de uma causa não tem qualquer ligação com o seu valor. Um processo em que se busque, por exemplo, reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito tem a mesma complexidade, quer o acidente envolva um Fusca 1996 e um Corcel 1972 ou tenha se dado entre uma Ferrari e uma Maserati. Os dois acidentes, embora envolvam valores evidentemente diferentes, um pequeno e outro altíssimo, são causas que têm a mesma complexidade jurídica, podendo ser, ambas, deduzidas perante os Juizados Especiais Cíveis (ainda que possivelmente só a primeira possa ser levada a um Juizado de Pequenas Causas). (...)

Para o iminente professor (*idem*),

tudo recomendava, pois, que tivessem sido mantidos os Juizados de Pequenas Causas regidos pela Lei nº 7.244/84 (...) e, ao lado deles, tivessem sido criados os Juizados Especiais Cíveis, com competência para causas cíveis de qualquer valor que tivessem pequena complexidade jurídica.

Fixou-se, portanto, a ideia de que a Constituição da República havia instituído dois modelos diferentes de juizados.

E, baseados na autorização dada pela Constituição, alguns Estados-

membros legislaram sobre a criação dos Juizados Especiais em seus territórios. Foram os casos dos Estados do Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul e Santa Catarina (Leis 1.071 de 1990, 9.442 de 1991 e 1.141 de 1993, respectivamente). Referidas leis, utilizando-se do artigo 98, inciso I, disciplinaram o que seria a causa de menor complexidade, infração de menor potencial ofensivo e, ainda, trataram da composição dos juizados e turmas recursais.

Levada a questão ao Supremo Tribunal Federal, o pretório excelso entendeu que a Constituição da República apenas “deferiu competência concorrente aos Estados com relação aos juizados de pequenas causas”<sup>115</sup>, e assinalou que “a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais dependia da edição de lei ordinária federal”<sup>116</sup>.

Tendo em conta que já existiam os juizados de pequenas causas (Lei 7.244/84), previsto no artigo 24, X, carecia de lei, somente, a regulamentação do que previa o artigo 98, inciso I, ou seja, a criação dos juizados especiais cíveis, aptos ao processamento das causas de menor complexidade.

Para tanto, diversos projetos de lei tramitaram até que, no ano de 1995, foi aprovada, sancionada e publicada a Lei 9.099 de 26 de setembro, importante marco do atual sistema dos juizados especiais.

E, totalmente de encontro ao que a doutrina sustentava, referida lei findou o entendimento de que coexistiriam dois tipos de juizados especiais, com atribuições diferentes. Tal se explica porque a grande novidade trazida pela Lei 9.099 foi a revogação, expressa e por completo, da Lei 7.244/1984. Felipe Borring Rocha (2017, p. 8) explica que a nova lei contrariou

(...) o entendimento então dominante de que as duas leis poderiam conviver. De fato, na época, a visão prevalente era que Juizados Especiais, regulados pela matéria, e Juizados de Pequenas Causas, regidos pelo valor, eram órgãos diferentes. De fato, nem todas as ações de pequeno valor são simples e nem todas as ações simples são de pequeno valor. A ação de despejo, por exemplo, tem, via de regra, uma natureza simples, independentemente do seu valor. A ação de reconhecimento de paternidade, por seu turno, pode se apresentar de forma bastante complexa, embora tenha valor de alçada simbólico. Assim, cada modelo de Juizado teria que dispor de regras próprias para atender adequadamente às suas características. O que se viu, no entanto, é que a Lei 9.099/1995 criou um modelo

---

115 HC 71.713/PB de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

116 Felipe Borring Rocha, 2017, p. 7.



chamado de Juizados Especiais Cíveis e deu a ele dois tipos de competência: causas de pequeno valor econômico (40 salários mínimos – art. 3º, I e IV) e causas especiais em razão da matéria (causas de menor complexidade – art. 3º, II e III). Trata-se, pois, de um único modelo de Juizado, abrangendo simultaneamente as competências previstas nos arts. 24, X e 98, I, da Constituição Federal.

A novel legislação, em vigor, regula o procedimento sumaríssimo, aplicável às causas da justiça comum, que envolvam no polo ativo e passivo apenas pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado, nos termos da referida lei.

Seguidamente, no ano de 2.001, foi sancionada a Lei 10.259, de 12 de julho, que criou os Juizados Especiais Federais, aptos a processar, conciliar e julgar as causas de competência comum da Justiça Federal, nos termos da lei.

Finalmente, no ano de 2.009, nova lei foi sancionada, qual seja, a Lei 12.153, de 22 de dezembro, instituindo os Juizados Especiais da Fazenda Pública, destinados ao julgamento das causas cíveis de interesse dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

As 03 (três) leis referidas, hodiernamente, compõem o microsistema dos juizados especiais, e adiante serão mais bem estudadas.

### **3. Do microsistema dos juizados especiais:**

#### **3.1 Os juizados especiais cíveis**

Conforme observado anteriormente, a Lei 9.099, sancionada e publicada no ano de 1995, sob a égide da atual Constituição da República, foi fruto de intenso debate legislativo, após a elaboração de diversos projetos de lei.

De fato,

os projetos mais destacados foram aqueles apresentados pelos Deputados Jorge Arbage (PL 1.129/1988), Michel Temer (pl 1.480-A/1989), Manoel Moreira (PL 1.708/1989), Daso Coimbra (PL 2.959/1989), Gonzaga Patriota (PL3.883/1989) e Nelson Jobim (PL

Referida lei foi, porém, a junção dos projetos de Nelson Jobim e do ex-presidente Michel Temer, então deputado federal. O projeto Jobim somente tratava dos Juizados Especiais Cíveis e, por sua vez, o projeto Temer versava sobre os Juizados Especiais Criminais.

A junção resultou no texto em vigor, que regulou a “causa de menor complexidade” e a “infração de menor potencial ofensivo”, sendo somente a primeira objeto deste estudo.

Grande inovação trouxe a lei ao revogar a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7.244/1984), passando o ordenamento jurídico pátrio a contar apenas com os juizados especiais cíveis.

Conforme previsão do artigo 3º da Lei, os juizados especiais cíveis possuem competência para conciliação, processamento e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, considerando o referido artigo que são:

- I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
- II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
- III - a ação de despejo para uso próprio;
- IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Aos juizados especiais cíveis cabe, ainda, a promoção da execução de seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais, observado o teto de 40 vezes o valor do salário mínimo, tudo nos termos do §1º do mesmo artigo.

Independentemente do valor da causa, porém, a lei exclui da competência dos juizados especiais:

as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

Importante observar que somente pessoas físicas e pessoas jurídicas de

---

117 Felipe Borring Rocha, 2017, p. 7.

direito privado podem litigar nos juizados especiais cíveis, observadas as restrições impostas no artigo 8º. A observância do procedimento especial previsto nesta lei, cumpre registrar, é facultativa.

Alicerçados nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, e pautados na busca constante da autocomposição entre as partes, os juizados especiais são dotados de regramento próprio, díspar do procedimento comum, que os torna procedimento especial, conforme este estudo passa a explanar brevemente.

Na sistemática dos juizados especiais, o comparecimento das partes é pessoal, não bastando a presença de advogado. Em relação a esse, sua assistência é opcional nas causas de até 20 salários mínimos, sendo que naquelas de valor superior a esse limite a presença do causídico é obrigatória.

A lei veda a intervenção de terceiros estranhos à lide, restando admitido apenas o litisconsórcio, como forma consagrar tanto o princípio da menor complexidade quanto da celeridade processual.

O rito especial admite o uso da oralidade em diversos atos, tais como: apresentação do pedido inicial, apresentação de defesa na audiência de instrução e julgamento, oferecimento de embargos de declaração, dentre outros.

Em regra, o procedimento judicial iniciar-se-á com a audiência de conciliação e, caso não haja transação, a audiência converte-se em instrução e julgamento, quando o réu apresentará defesa, as partes produzirão a prova oral e o juiz proferirá sentença, sempre líquida, da qual os presentes sairão intimados, iniciando-se o prazo para apresentação de recurso inominado.

Ao Réu, admite-se a apresentação de pedido contraposto.

Por seu turno, nos casos em que for reconhecida a incompetência territorial, ou nos casos em que sobrevier qualquer um dos impedimentos previstos no art. 8º, ou, ainda, quando inadmissível o procedimento instituído pela Lei nº 9.099/95 ou seu prosseguimento, após a conciliação, a extinção da ação, sem resolução do mérito, é medida que se impõe, não se admitindo que o julgador remeta a ação ao juízo que julgar competente.

Como forma de prestígio à autocomposição, o rito especial ainda prevê a realização de audiência de conciliação até mesmo quando processada ação de execução

de título extrajudicial. Com efeito, após garantido o juízo, é oportunizado às partes a realização de sessão conciliatória, onde será intentada a realização de acordo e, se infrutífera, será oportunizado ao executado o oferecimento de embargos à execução.

O rito dos juizados ainda dispõe que as partes serão isentas do pagamento de custas processuais no primeiro grau de jurisdição e honorários sucumbenciais.

### **3.2. Os juizados especiais da Justiça Federal**

No âmbito das causas de competência da justiça comum federal, foram criados os juizados especiais cíveis, nos termos da Lei 10.259 de 12 de julho de 2001.

De acordo com a previsão do artigo 3º da lei,

competete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

São excluídas da competência, porém, as causas (artigo 3º, §1º):

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

As disposições previstas na Lei 9.099/95 são aplicáveis de forma subsidiária aos juizados especiais federais, naquilo que não for conflitante.

Algumas disposições diversas, porém, se destacam. Com efeito, a propositura da ação perante o juizado especial cível federal é obrigatória, não existindo possibilidade de a parte exercer a faculdade de propor a demanda em uma vara comum.

Aos entes públicos litigantes, a assistência de procurador é obrigatória, a despeito de nada reclamar acerca da parte que é pessoa física ou jurídica de direito privado.

Em caso de incompetência do juízo ou inadmissibilidade do rito, a ação deve ser remetida ao juízo competente, não se cogitando na extinção sem julgamento do mérito.

De outra banda, vale registrar algumas disposições ímpares, tais como: prazo mínimo para a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência de 30 dias para a Fazenda Pública; existência do mecanismo de uniformização de jurisprudência; nas hipóteses de condenação da pessoa jurídica de direito público ao pagamento de quantia certa, essa será requisitada à autoridade competente para o pagamento, dentre outras.

### **3.3. Os juizados especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios**

No ano de 2009, foi elaborada e publicada a Lei número 12.153, de 22 de dezembro, com vigência de seis meses após esta data e determinação para instalação em até dois anos após a vigência da mesma. Trata-se de legislação que visou estender aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, os juizados especiais da Fazenda Pública, então restritos à esfera Federal, nas ações cujo valor da causa não ultrapasse o limite de 60 (sessenta) salários mínimos.

Nos termos do artigo 2º, §1º, foram excluídas da referida competência

- I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;
- II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
- III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Neste sentido, seguindo a mesma disposição da lei instituidora dos juizados especiais federais, a competência dos juizados da fazenda pública é absoluta. Vale

ressaltar, neste contexto, que ambas as leis possuem variadas disposições em comum.

#### 4. Os princípios norteadores dos juizados especiais

Em razão da aplicação subsidiária da Lei 9.099/95 às Leis 10.259/01 e 12.153/09, é correto dizer que na sistemática de todos os juizados especiais aplica-se o artigo 2º da Lei 9.099/95, cujo conteúdo dispõe que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

O legislador utilizou na redação do dispositivo o vocábulo *critério*, largamente criticado pela doutrina e jurisprudência. Com efeito, explicam os doutrinadores que, a bem da verdade, os referidos critérios são princípios fundamentais,

de natureza procedimental, ou seja, se voltam para disciplinar a integração e o desenvolvimento dos procedimentos previstos na Lei 9.099/1995. De fato, o tema central dos princípios listados é o ato processual, sua realização, exteriorização e seu aproveitamento. Esses princípios, entretanto, servem também de base para a estruturação do órgão e para definir os contornos fundamentais do instituto.<sup>118</sup>

Neste diapasão, a interpretação das normas previstas nas leis dos juizados especiais “só será legítima se levar em conta tais princípios”<sup>119</sup>, eis que se tratam de verdadeiros “vetores hermenêuticos”<sup>120</sup>, haja vista o tributo da generalidade.

Estão elencados na lei os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Ainda, dispõe o artigo 2º que deve ser buscada, sempre que possível, a autocomposição. Passamos, portanto, ao estudo de cada um dos princípios, individualmente.

O princípio da oralidade traduz a prevalência da palavra oral sobre a escrita, “como meio de comunicação das partes, visando à simplificação e à celeridade dos trâmites processuais, sendo aplicado desde a apresentação do pedido inicial até a fase final dos julgados.”<sup>121</sup>

A oralidade do procedimento manifesta-se, dentre outras hipóteses: na possibilidade de apresentação de pedido oral junto à secretaria do juizado especial; na

118 Felipe Borring Rocha, 2017, p. 28

119 Alexandre Freitas Câmara, 2004, p. 11.

120 Idem.

121 Márcio Augusto Nascimento e Antônio César Bochenek, 2011, n.p.

possibilidade de apresentação de defesa oral na audiência; impossibilidade de redução a termo da prova oral produzida em audiência; possibilidade de outorga verbal de mandato ao advogado; interposição do recurso de embargos de declaração de forma oral; possibilidade de iniciar-se a execução da sentença por meio de simples pedido verbal no balcão da secretaria, etc. E, nos termos do artigo 13, §3º, somente serão reduzidos a termo os atos essenciais.

Para que efetivamente torne-se possível a tramitação de uma ação pautada no princípio da oralidade, a doutrina sustenta que se faz necessária a observância de outros quatro princípios complementares, quais sejam, o princípio da concentração, da imediação, da identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões.

Márcio Augusto Nascimento e Antônio César Bochenek (2011, n.p) explicam referidos princípios:

O princípio da concentração manifesta-se pela proximidade dos atos processuais, imprimindo maior celeridade. O processo como instrumento de concretização do direito deve realizar-se num período breve, reduzindo-se a poucos atos processuais em curtos intervalos de tempo, ou seja, a proximidade temporal entre aquilo que o juiz apreendeu e o momento em que deverá avaliá-lo na sentença é elemento decisivo para a preservação das vantagens do princípio; ao contrário se tornará difícil ao julgador conservar os elementos de prova, fruto de sua observação pessoal, sujeito às intempéries do tempo (arts. 27, 28, 29, 31 e 40 da Lei 9.099/1995). O princípio da imediação, imediatismo ou imediatidade caracteriza-se pelo contato direto e pessoal entre o juiz e as partes, as provas, os peritos, as testemunhas, a fim de que receba diretamente os elementos que servirão para o julgamento, sem interferência de terceiros, ensejando uma impressão mais nítida das circunstâncias do conflito para uma decisão mais justa. Pelo princípio da identidade física, o juiz deve seguir pessoalmente na condução da audiência, do início ao fim, da instrução oral até a sentença. Evita-se que o feito seja julgado por juiz que não tenha contato direto com os atos processuais. Excepcionalmente este princípio é atenuado se o juiz estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Nos Juizados Especiais as decisões proferidas no curso do processo são irrecorríveis devido à concentração e celeridade dos

atos processuais, a fim de evitar paralisações protelatórias ou procrastinatórias do processo, mesmo que parciais, aplicando o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Excepcionalmente são recorríveis as decisões interlocutórias concedidas por meio de medidas acautelatórias, para evitar dano de difícil reparação (art. 5.º da Lei 10.259/2001).

No que lhe concerne, o princípio da simplicidade conduz ao entendimento de que o processo deve tramitar da forma mais simples possível, sem maiores exigências burocráticas que possam afastar o Poder Judiciário dos jurisdicionados. Em outros termos, significa dizer que o processo em trâmite nos Juizados Especiais deve ser conduzido de forma a proporcionar às partes a melhor compreensão possível, até porque aos litigantes é, em regra, opcional a assistência de advogado.

Conforme ensina Fellipe Borring Rocha (2017, p. 33),

Um exemplo dessa concepção é o comando contido no §1º do art. 14 da Lei, que estabelece que a petição inicial deverá ser feita “de forma simples e em linguagem acessível”. Nunca é demais lembrar que linguagem é poder e quem domina uma linguagem pode subjugar os outros. O Juizado, apesar de todas as suas peculiaridades, é um lugar intimidador e complexo para a maioria das pessoas que não tem formação jurídica, assim como é um hospital para quem não é médico, ou um canteiro de obras para quem não é engenheiro. Se a pessoa, além de tudo, não entender o que é dito, ficará tolhida para exercer a plenitude de seus direitos. De fato, a utilização de uma linguagem “complicada” (em contraposição à linguagem “simples” apregoada pelo princípio) tem como consequência alijar as partes leigas de uma efetiva participação no processo, o que é o oposto do que pretende a Lei. O princípio da simplicidade seria, nessa ótica, um corolário do princípio democrático, buscando aproximar a população e os jurisdicionados da atividade judicial.

Desta maneira, desde que atingida a finalidade buscada, nenhuma nulidade será decretada. Adotou-se, assim, a liberdade das formas processuais, tudo conforme dispõe o artigo 13, que personifica também o princípio da instrumentalidade das formas e o princípio do prejuízo:

Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei. § 1º Não se pronunciará qualquer



nulidade sem que tenha havido prejuízo.

Nesta mesma perspectiva foi previsto o princípio da informalidade, que, nas palavras de Marisa Ferreira dos Santos (2012, n.p.), “permite que o ato processual seja praticado de forma a dar agilidade ao processo”. Marisa explica, ainda, que “a forma do ato processual deixou de ser um fim em si mesma para estar a serviço da aplicação do direito.”

Nesta lógica, na sistemática dos juizados especiais, a informalidade pressupõe que “os atos processuais devem ser praticados com o mínimo de formalidade possível.”<sup>122</sup>

Aplica-se, por óbvio, às formas não essenciais, ou seja, circunstanciais ao conteúdo do ato, mas não às integrantes do ato (formas essenciais), pois poderia comprometer o conteúdo e a validade do ato.<sup>123</sup>

Acerca do princípio da economia processual, cabe pontuar que busca a lei que se obtenha o máximo de rendimento com o mínimo de atos processuais. Com efeito, a atividade jurisdicional deve ser exercida da forma menos dispendiosa possível, otimizando-se tempo e recursos financeiros.

Deve ser buscada a maior efetividade possível, racionalizando-se as atividades processuais.

São exemplos da aplicação do princípio: a possibilidade de imediata realização de audiência de conciliação quando as partes comparecerem juntas ao juizado especial; a previsão de sentença única para o pedido principal e o pedido contraposto; a pioneira previsão de pedido contraposto na contestação e a previsão de intimação da sentença na sessão de julgamento.

De seu turno, o princípio da celeridade pressupõe que o processo seja conduzido da maneira mais célere possível, importando na busca da máxima rapidez no desempenho da atividade jurisdicional, evitando-se a protelação dos atos processuais.

Cumprir destacar, porém, importante observação realizada por Felipe Borring Rocha (2017, p. 36), sustentando o afastamento da segurança jurídica e

---

<sup>122</sup> Felipe Borring Rocha, 2017, p. 34.

<sup>123</sup> Idem.

diferenciando o referido princípio do princípio da duração razoável do processo:

Diante desse dilema, surge o princípio da celeridade apregoando que, sempre que possível, os atos processuais devem ser praticados de forma a permitir uma atividade processual mais rápida e ágil. Com isso, a segurança jurídica deve ceder espaço à celeridade, quando a causa não demanda uma proteção especial do ordenamento jurídico. É preciso que se diga, entretanto, que a segurança jurídica não pode ser afastada sem critérios, José Joaquim Calmon de Passos, em suas palestras, costumava dizer que o princípio da celeridade, sem rédeas, é atentatório à justiça. Na sua visão, o processo precisa ter um tempo de maturação, pois é esse tempo que respalda e legitima a decisão nele proferida. De fato, existem processos de grande repercussão pessoal e social, em que não se pode abrir mão da segurança, como, por exemplo, nas ações de investigação de paternidade. Há casos, porém, em que a segurança pode ser mitigada em favor de uma tutela jurisdicional mais rápida, na qual a falta de certeza cause menos prejuízo do que a demora. Por exemplo, nos direitos de crédito, tempo é dinheiro, e uma decisão não tão justa pode ter efeito econômico idêntico ou até melhor do que uma decisão mais justa, porém vagarosa. Os Juizados Especiais, por sinal, foram construídos para atuar num campo propício à celeridade, pois, com as limitações contidas nos arts. 3º e 8º, o procedimento fica basicamente restrito às questões patrimoniais disponíveis. Por outro lado, como a celeridade é da essência do procedimento, o autor, ao optar por essa via excepcional, implicitamente está abrindo mão da segurança jurídica que teria no juízo comum, em prol da presteza na resposta jurisdicional. Nesse passo, importante salientar que não se pode confundir o princípio da celeridade com o princípio da duração razoável do processo, apesar de ambos versarem sobre o mesmo tema: o tempo processual. A duração razoável do processo, conceito mais amplo, determina que toda a atividade judicial, do início até o fim, seja feita no menor tempo possível, atendendo aos interesses em jogo e promovendo uma solução para a causa. Destarte, o princípio da duração razoável representaria o direito das partes de ver a causa julgada (com trânsito em julgado), no menor espaço de tempo possível.

Em conclusão, cabe mencionar ainda que o rito previsto nas leis dos juizados especiais busca, incessantemente, a autocomposição, como forma de solução dos litígios. Quando exitosa, a composição entre as partes produz pacificação social, que é

“escopo magno do Estado Democrático.”<sup>124</sup>

Na lei, o objetivo pode ser vislumbrado na incansável busca pela realização de acordo entre as partes, haja vista que obrigatória a sessão de conciliação como primeiro ato processual, bem como porque na audiência de instrução e julgamento, pelo juiz deve ser realizada nova tentativa de conciliação. Não bastasse, ainda que exista previsão expressa quanto ao momento para a composição das partes, nada obsta que a realização de acordo possa ocorrer em qualquer fase do procedimento, até mesmo quando pendente julgamento de recurso pela instância recursal.

## 5.Considerações finais

Conforme visto ao longo deste trabalho, foi possível traçar a evolução histórica e as razões para a criação e solidificação dos juizados especiais na legislação Pátria.

Em seguida, foram abordadas as características, similitudes e diferenças entre juizados especiais cíveis existentes, quais sejam, os Juizados Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, essa última no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Município.

Por fim, foram apresentados os princípios jurídicos que orientam o microsistema dos juizados especiais, podendo-se concluir que estamos diante de um sistema jurídico engenhoso – que nada tem de simples, apenas de sua forma simplificada –, solidificado e bem incorporado aos anseios sociais.

## Referências bibliográficas

**BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto.** *Juizados Especiais Federais cíveis.* Curitiba: 2012. E-book acessado em <http://juizadosespeciaisfederais.blogspot.com.br/> em 23/06/2022

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105 de 16-3-2015.* São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais – Uma Abordagem Crítica.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

---

<sup>124</sup> Alexandre Freitas Câmara, 2004, p. 24.

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

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. revista e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2015, vol. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. revista e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2017, vol. 1.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais da fazenda pública: comentários à Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. 3 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado (livro eletrônico): com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 1 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Não paginado.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Não paginado.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Não paginado.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2014. Não paginado.

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: federais e estaduais*. Coleção sinopses jurídicas ; v. 15 – tomo II. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.* 58 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Não paginado.

<https://www.conjur.com.br/2014-fev-03/maior-mundo-tribunal-justica-sao-paulo-completa-140-anos> - acesso em 23/06/2022

## **A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**LARISSA NUNES DE CARVALHO**

**RESUMO:** O presente estudo tem por escopo delinear os contornos jurídicos em torno da proteção ao direito à saúde pelos tribunais superiores, especialmente no que pertine à concessão de fármacos pelo SUS pelo poder judiciário, perpassando pelas acepções axiológicas do mínimo existencial e dignidade humana à tese da reserva do possível. Outrossim, considera-se a relevância da judicialização do direito à saúde, os avanços e retrocessos nos precedentes judiciais sobre a temática, mormente diante da imposição de observância, pelos três poderes, da eficácia imediata direta que deriva de todos os direitos fundamentais, inclusive sociais, na forma no art. 5, §3 da CRFB/88, consoante pondera a doutrina contemporânea.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamental à saúde; dignidade humana; judicialização da saúde.

**ABSTRACT:** The scope of this study is to outline the legal contours around the protection of the right to health by higher courts, especially with regard to the concession of drugs by the SUS by the judiciary, passing through the axiological meanings of the existential minimum and human dignity to the reserve thesis as possible. Furthermore, it is considered the relevance of the judicialization of the right to health, the advances and setbacks in the judicial precedents on the subject, especially in view of the imposition of observance, by the three powers, of the direct immediate effectiveness that derives from all fundamental rights, including social, in the form in art. 5, §3 of the CRFB/88, according to contemporary doctrine.

**KEYWORDS:** Fundamental right to health; human dignity; judicialization of health.

### **1. INTRODUÇÃO**

É indene de dúvidas que a tutela do direito à saúde, direito fundamental social, estampado no artigo 6, caput, da CRFB/88, é uma premissa básica para a asseguuração do direito à vida.

Atento a tal circunstância, o Constituinte originário trouxe, no artigo 196 da CRFB/1988, o dever do Estado, aqui compreendido em sua acepção ampla, de efetivar o direito à saúde, sendo da competência comum de todos os entes federativos, na forma do artigo 22, inciso II, da CRFB/1988 a obrigação de cuidar da saúde, evidenciando uma relação de solidariedade entre os entes quanto à sua prestação.

Nessa ambiência, a concessão de fármacos pelo Poder Público sempre foi objeto de intensos debates nos tribunais pátrios, de forma que a cada decisão surgiam novas teses, tanto pró quanto contra a Fazenda Pública, a albergar os direitos ventilados e em conflito.

Nada obstante toda a dinâmica jurisprudencial, recentemente a aludida temática esteve em destaque no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, restando sedimentado, ao menos a priori, em sede de repercussão geral e recurso repetitivo, as diretivas a serem observadas tanto pelo poder público quanto pelos magistrados na concessão dos remédios pleiteados judicialmente, estabelecendo novos requisitos, enrijecendo-a.

Procura-se, assim, trazer argumentos que buscam demonstrar alguns dos argumentos dos Tribunais utilizados nas decisões que firmaram as diretrizes para o fornecimento de medicamentos no âmbito judicial, limitando e traçando os delineamentos pertinentes à matéria.

## **2 O DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS**

Com efeito, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da república federativa do Brasil, consoante disposto no artigo 1º, IV, da CRFB/88. (LENZA, Pedro)

Trata-se de direito prestacional, a sua implementação pelo poder judiciário, quando omissa o ente competente, não ofende o princípio da separação dos poderes, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. (...) STF. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016.”

Na mesma trilha, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

“Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos

fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.” (STJ. 2ª Turma. REsp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/12/2014)

Por outro lado, sustentando um viés mais liberal e uma postura de deferência em relação aos órgãos de controle pelo judiciário, Luís Roberto Barroso afirma que:

“o Poder Judiciário deve respeitar as opções legislativas e administrativas formuladas com relação à matéria pelos órgãos institucionais competentes. O Judiciário, no entanto, deve intervir nos seguintes casos: a) onde e quando não há lei ou ação administrativa implementando a Constituição; b) quando há lei e atos administrativos que não são devidamente cumpridos. Quando, porém, há lei e atos administrativos implementando a Constituição, e esses estatutos vêm sendo regularmente aplicados, o Judiciário não deve intervir ou, se intervir, deve fazê-lo com o devido respeito às competências e responsabilidades. É que, nesses casos, a intervenção judicial leva à ruína a organização sistêmica, desarrumando o sistema de governo, da Administração Pública, e impedindo possa o Poder Judiciário, como integrante do sistema normativo, subsistema da sociedade que é, cumprir a função de integração social que a este, ao sistema de direito, é inerente, levando, então, ao desarranjo social.”

Como se sabe, o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196 CRFB/88).

Art. 196. 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.

Noutros dizeres, a saúde observa o princípio da universalidade, garantindo o poder público o seu acesso para todos, observando a igualdade material, independentemente, portanto, da situação econômica ou social do indivíduo. Logo, não é prestado apenas, de maneira prioritária, aos necessitados econômicos, que estão amparados pela assistência social.

Ademais, o artigo 197 e 198 da CRFB/88 firma a descentralização do atendimento, o atendimento integral, com foco na atuação preventiva de doenças, e a



participação da comunidade como diretrizes que devem ser observadas nas ações e serviços de saúde pelos entes federativos, de acordo com a sua esfera de abrangência.

Quanto à repartição de competências, tem-se que aos três entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Município), de maneira comum, incumbe a tarefa de cuidar da saúde, conforme se observa no artigo 23, II da CRFB/88.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Foi com base no aludido dispositivo que o Supremo Tribunal Federal firmou a exegese da responsabilidade solidária dos entes federativos em relação aos fornecimento de médicos.

Dessa forma, cabe ao indivíduo, carente do medicamento, optar contra quem irá demandar em juízo: *se apenas um ente, dois entes ou todos eles em litisconsórcio passivo.*

Entretanto, é se observar que, conquanto exista essa faculdade quanto à escolha do polo passivo da ação, o magistrado pode direcionar o cumprimento em face de ente específico, inclusive determinando o ressarcimento, quando o serviço de saúde tiver sido prestado por ente inicialmente incompetente, de acordo com as diretrizes estipuladas na estrutura do Sistema Único de Saúde.

Nesse sentir, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

**“os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. STF. Plenário. RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019 (Info 941).**

Vale ressaltar que essa linha argumentativa utilizada pelo Supremo guarda correspondência com o enunciado 60 da Jornada da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

Enunciado 60: A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Em linhas gerais, à União compete coordenar os sistemas que demandem uma alta complexidade; aos Estados gerenciar os laboratórios e hemocentros e aos Municípios a atenção básica à saúde, cumulando o Distrito Federal as competências estaduais e municipais.

Exigir que o indivíduo, com premente necessidade, dispendesse esforços prévios, alusivos a conhecimentos técnicos de divisão internas de competências, para o regular processamento da ação, em observância a legitimidade, culminaria em negar-lhe o acesso à justiça, por essa razão o STF consignou a responsabilidade solidária entre os entes.

### **3 DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA E DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL.**

Em âmbito infraconstitucional, a Lei 8.080/90, comumente chamada de lei do SUS, prevê, em seus artigos 2º e 4º, a fundamentalidade do direito à saúde, bem como o dever de prestação ampla pelo Estado, incluindo expressamente a assistência medicamentosa:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (...)

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). (...)

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações: (...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

A própria legislação estabelece que a assistência terapêutica é realizada com lastro em protocolos clínicos ou em relações medicamentosas do SUS.

Contudo, o procedimento de dispensação não se esgota no trâmite delineado na lei, porquanto existem algumas minudencias, atreladas à falta de gerenciamento adequado dos recursos de saúde ou mesmo à burocracia interna, que abre margem para atuação judicial diante da negativa estatal em fornecer fármaco reputado essencial para a manutenção da vida do indivíduo, surgindo, assim, a “modalidade” de dispensação judicial.

No entanto, não é toda demanda judicial, onde se busca a dispensação, que culminará no deferimento do pedido sustentado na inicial, já que os Tribunais Superiores traçaram diretrizes, de cunho vinculante, que necessariamente deverão ser observadas por todos os órgãos do poder judiciário.

Como se sabe, via de regra, para um fármaco ser comercializado no território nacional, é indispensável aprovação e registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, sendo tal procedimento essencial para a asseguaração do direito à saúde.

No mais das vezes, passam-se anos de análises sobre a segurança e demais trâmites internos na autarquia especial até que seja aprovado o seu uso em âmbito nacional.

Ocorre que as circunstâncias relativas à garantia do direito à saúde da população são prementes, não sendo possível guardar o desfecho do procedimento administrativo para o fim de ter o seu bem da vida satisfeito.

Diante desse cenário, é muito comum que os indivíduos que necessitem do medicamento ingressem na via judicial colimando o seu deferimento de imediato, em sede de tutela antecipada de urgência, a fim de que seja suprido esse óbice formal e o poder público forneça o fármaco.

O Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, consignou que, a princípio, o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamento sem o registro na ANVISA, porquanto o trâmite de aprovação e registro é de fundamental importância para a tutela

do direito à saúde, sobretudo para aferição de riscos colaterais e eficácia do medicamento, além de delinear o sistema de preços.

Assim, para a Corte Suprema, o registro sanitário na Autarquia Especial é essencial para tutela do direito à saúde, não sendo um mero procedimento burocrático que pode ser peremptoriamente dispensado, pois *“considerando a importância do bem jurídico tutelado e o grau de complexidade e de preparação técnica exigido para a tomada de decisão sobre o registro de um medicamento, recomenda-se que haja uma especial deferência (respeito) em relação às decisões da ANVISA.”*

No RE 657718, ainda constou que eventual decisão judicial concessiva de fármaco pende de registro configuraria uma indevida intervenção judicial, ensejando a a violação do princípio da separação dos poderes:

*“Ao determinar o uso, a fabricação, a comercialização e a importação de uma substância que não tem registro sanitário junto à agência reguladora nacional, porém, o Poder Judiciário está se sobrepondo à atuação da entidade competente, com evidente violação ao direito à saúde e ao princípio da separação de Poderes. Em primeiro lugar, há afronta ao direito fundamental à saúde. Decisões judiciais que determinam o fornecimento de fármacos semo devido registro sanitário, especialmente quando estes não foram submetidos aos testes e critérios técnicos mínimos exigidos (como é caso de medicamentos experimentais), representam grave risco para a saúde pública. Em tema de tamanha relevância, que envolve pessoas muitas vezes fragilizadas pela doença e com grande ansia para obter tratamento e cura, não há espaço para especulações. Diante da ausência de informações e conhecimentos científicos acerca de eventuais efeitos adversos de uma substância e da inexistência de atestação da segurança e eficácia de um fármaco pela Anvisa, a solução nunca deverá ser aliberação para consumo.”*

Além disso, pontuou-se, na decisão, ser necessário uma *“menor intensidade da revisão jurisdicional a fim de que o Poder Judiciário não se sobreponha à atuação da entidade competente, com evidente violação ao direito à saúde e ao princípio da separação de Poderes.”*

Todavia, em caráter excepcional, mormente diante de demora irrazoável da ANVISA na apreciação do registro, somada a três requisitos cumulativos, tais como: *i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); ii) a existência de registro do*

*medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.*

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA . IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO .

1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

A despeito da mora da ANVISA, entende-se que é irrazoável quando ultrapassa o prazo previsto na Lei 13.411/2016 que, para a categoria prioritária, é de 120 dias e 60 dias, a contar do protocolo de priorização. Por outro lado, para a ordinária, é de 365 dias e 180 dias, do protocolo de registro, passíveis de prorrogação, uma vez, por até um terço.

No que pertine ao registro, insta salientar que, em regra, é indispensável para a dispensação de qualquer fármaco, exceto se se tratar de medicamentos órfãos (eficaz) para

doenças raras e ultrararas (afetam pequena parte da população), as quais podem ser dispensadas ainda que ausente pedido de registro em virtude da especificidade da moléstia.

No aspecto, em recente julgado (18/06/2021), também firmado em sede de repercussão geral, o STF flexibilizou a necessidade de registro na ANVISA, trazendo nova exceção, quando existir autorização para importação, conjugado com os demais requisitos:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS. STF. Plenário. RE 1165959/SP, Rel. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/6/2021 (Repercussão Geral – Tema 1161) (Info 1022).

No aludido julgado, discutia-se se uma criança portadora de epilepsia poderia utilizar em seu tratamento o uso de fármaco com a substância da canabidiol, reconhecido princípio ativo da maconha.

Inicialmente, os entes sustentaram a impossibilidade, dado a ausência de registro. No entanto, o Supremo excepcionou seu entendimento anterior, em virtude da particularidade do caso concreto.

Para além disso, ainda é necessário que exista registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior, o que demonstra, em um primeiro momento, a segurança de utilização do fármaco, pois há um indicativo que estudos foram realizados e apontaram a possibilidade de utilização sem maiores danos à saúde.

Por fim, revela-se imprescindível que não exista substituto terapêutico com registro no Brasil.

#### **4 CONCLUSÃO**

Com efeito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugura-se, no Brasil, o fenômeno do Neconstitucionalismo, movimento constitucional responsável por erigir a dignidade da pessoa humana como vetor axiológico máximo e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (artigo 1º, III, da CRFB/88).

Nessa linha, a dignidade da pessoa humana e a própria sistemática dos direitos fundamentais, extraída de todo o texto constitucional e tratados internacionais de Direitos Humanos, e não apenas do título II da CRFB/88, são considerados o epicentro interpretativo e valorativo do ordenamento jurídico, norteando a atuação do intérprete, o qual deve observar o caráter democrático e humanista inerentes às normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais.

É certo que não se trata de uma tarefa fácil, sobretudo considerando a alta carga axiológica ínsita a tais direitos, sendo a colisão frequentemente observada entre direitos fundamentais igualmente relevantes, já que, como cediço, inexistente hierarquia entre eles, como se percebe na tutela do direito à saúde e as limitações orçamentárias estatais.

E é justamente nesse contexto que o julgador ganha papel de destaque na resolução desses conflitos e promoção dos direitos fundamentais, sendo os precedentes vinculantes emanados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça verdadeiras “normas” que devem ser observados pelos demais órgãos judiciários e administração pública.

O Poder Judiciário é peça da mais fundamental importância no jogo democrático, sobretudo em tempos sombrios como os atuais, impactados por avassaladoras ondas de políticas antissociais no seio do comando da administração pública, que carregam a vida e a dignidade de indivíduos que necessitam do assistencialismo estatal, em decorrência de todo um processo histórico de profundas desigualdades e injustiças sociais, e que não podem ser resolvidos com pensamentos simplistas e silogismos rasos que justificam todo e qualquer súbito absentismo.

## REFERÊNCIAS

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 23/04/2021.

BRASIL. Lei nº 8.080/90. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em 23/04/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11804723>. Acesso em 20/06/2021. Acesso em 20/06/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 855.178.  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em 20/06/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estado pode ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA, se a sua importação estiver autorizada, ele se mostrar imprescindível ao tratamento e houver incapacidade financeira do paciente.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c11cb55c3d8dcc03a7ab7ab722703e0a>>. Acesso em: 21/10/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **STF determinou que a Anvisa, no prazo de 30 dias, decida sobre a importação excepcional e temporária da vacina Sputnik V contra a Covid-19.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e430ad64df3de73e6be33bcb7f6d0dac>>. Acesso em: 21/10/2021.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 25ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Saraiva, 2021.



## PUNIÇÃO E JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DE LYRA FILHO

**BETINA SCHREINER:** Advogada. Graduada em Direito pela UNISOCIESC (Sociedade Educacional de Santa Catarina) em Joinville/SC e Especialista em Direito Público pela ESMESC (Escola da Magistratura Estadual Catarinense).

*“Não é pelo direito penal que vamos eliminar a violência.”*

**José Paulo Bisol**

**Resumo:** Nosso sistema penal é antigo, e a sociedade evoluiu muito desde então. Algumas contradições penais previstas em lei já estão em desuso e não têm mais razão em existir. Ao analisarmos as penas então, podemos perceber que existem muitas contradições, e muitas penas poderiam inclusive deixar de existir. Lyra Filho, um dos autores mais críticos do Direito brasileiro prestou contribuições substanciais para a área da criminologia. Em uma de suas grandes obras relacionadas ao tema, “A Criminologia Radical”, o autor propõe uma ruptura com o dogmatismo aliado da vertente positivista conservadora que lançou suas raízes sobre Direito Criminal. Falsamente a ideia de punição ganhou status de reeducação, na medida em que foi atribuída a comportamentos desviantes uma tendência patológica. O grande questionamento situa-se na classificação desses comportamentos como desviantes, e a associação dos mesmos a uma origem patológica ou de injustiça social.

**Palavras-chave:** Sistema penal. Injustiça social. Lei. Dogmatismo.

### 1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho busca-se apresentar a concepção criminológica de Lyra Filho, relacionando-a com o momento atual que vive o sistema penal brasileiro. “Punição e Justiça na perspectiva de Lyra Filho” revela uma tendência de flexibilização do sistema penal iniciada desde a década de 70, mas que não logrou êxito na tentativa de humanizar o Direito Penal e seus métodos. O fato se deve principalmente ao endurecimento de valores sociais e o amadurecimento incompleto da sociedade em relação ao tema.

Na tentativa de compreender o tema aqui proposto, realizou-se pesquisas bibliográficas com o intuito de analisar as obras criminológicas de Lyra Filho, bem como suas contribuições em obras de outros autores que compartilham de suas mesmas aspirações ideológicas.

O tema escolhido, no contexto apresentado, promove uma reflexão a respeito das configurações de organização do atual sistema penal pátrio. Para comunidade acadêmica em especial aos estudantes de Direito é extremamente relevante ambientar-se neste contexto, desenvolvendo desde a academia uma concepção mais humanista do Direito, adquirindo assim uma percepção mais crítica e de combate ao dogmatismo e conservadorismo impregnado na legislação brasileira.

Mais do que o bem estar social, a missão do Estado Democrático de Direito deve ser pautada no sentido da construção de uma sociedade solidária fraterna e justa, de modo a garantir a dignidade e oportunidades de crescimento iguais para todos.

## **2. CONCEPÇÃO CRIMINOLÓGICA DE LYRA FILHO**

Os estudos acerca da flexibilização do sistema criminológico e do Direito Penal iniciaram-se desde meados do século passado. Porém, as teorias lançadas não conseguiram amenizar a rigidez do código e a carga valorativa conservadora adotada pelos operadores jurídicos na análise do caso concreto. No atual cenário, percebe-se que essas ideias e teorias vem sendo novamente citadas e retomadas, em virtude do “colapso social” vivenciado neste momento. Este “colapso social” vem sendo empregado para caracterizar o elevado nível de violência instalado na sociedade, penitenciárias e presídios lotados, aumento no número de roubos, furtos, estelionatos, homicídios e latrocínios.

Em seu livro “A Criminologia Dialética”, Lyra Filho trabalha algumas teorias de autores que buscaram explicar a origem e a motivação que levam a comportamentos “desviados” e a transgressão de regras sociais, algumas das mais importantes teorias nesse sentido são a teoria do ‘biologismo’, ‘psicologismo’ e ‘sociologismo’.

A seguir uma breve abordagem do ‘Sociologismo’, no livro A Criminologia Dialética: “O sociologismo, como projeção ideológica, entrega à sociedade, dita global, o controle do parâmetro, que utiliza, reservando a desvios e aberrações o conceito de subcultura.” (FILHO, 1972, p. 21).

O biologismo, procura a explicação para a motivação de prática do crime nas disfunções físicas adquiridas ou hereditárias: “[...] explicação com apelo a disfunções

endócrinas, hipoglicemias e descalcificações; ou ainda, a mais recente procura da causa da criminalidade em aberrações dos cromossomos". (FILHO, 1972, p. 17). Mediante análise dessas teorias, Lyra filho chegou a conclusão de que há uma certa relativização do conceito e origem do crime, segundo o autor :

Todo fracasso, quebra ou desintegração de estruturas será, nessas concepções de "velho", equivalente a "doença". E a tendência é, portanto identificar o desvio como algo "patológico" – metáfora de propicia as ligações como o biologismo e o psicologismo, apontando causas ou concausas em "anomalias" somáticas ou psíquicas. (FILHO, 1972, p. 21).

Pode-se afirmar então, como já constatado na fase de projeto do presente trabalho que, falsamente a ideia de punição ganhou status de reeducação, na medida em que foi atribuída à comportamentos desviantes uma tendência patológica:

"[...] A crise de consciência dos mecanismos de controle deixou de apelar, doutrinariamente, para a punição do aberrante, preferindo sugerir, com hipocrisia, a reeducação, o reajustamento, a cura de sua "doença"." (FILHO, 1972, p.22)

Em todas as questões que envolvem a matéria penal assisti-se à utilização da denominada "defesa social" como justificativa de punição aos considerados "desviantes". Afinal à quem se refere a "defesa social"? é a defesa dos marginalizados? Defesa das classes mais "inferiorizadas"? Defesa das minorias? Ou trata-se apenas da defesa de uma elite social, marcada por uma dominação histórica sobre as outras classes?

O estudioso Lyra Filho (1972, p. 23), afirma que: "[...] a invocação, *em abstrato*, da defesa social dissimula a existência de "crimes" que resguardam privilégios, bem como o afeiçoamento de todo sistema normativo aos interesses fundamentais dos melhor aquinhoados".

Em suas obras sobre criminologia, vemos que o autor em questão atribui à estratificação social e ao sistema capitalista os problemas relacionados aos comportamentos "desviados". Na revolução burguesa, percebe-se que o individualismo foi preponderante na formação da concepção ideológica da classe social em emergência. Os

valores individualistas pregados pelo sistema capitalista trouxeram a acumulação de riquezas e de capitais.

Resultante da influência do sistema capitalista no contexto social presente, verifica-se as desigualdades sociais profundas, que assolam a harmonia global. Tem-se hoje as diversas classes sociais, hierarquizadas segundo sua ordem econômica, alguns tem muito e outros nada tem.

O índice de pobreza aumenta, e a classe dominante aplica suas regras para marginalizar ainda mais, aqueles que não tem, ao menos o que comer.

Inacreditavelmente, as pessoas tonaram-se bonecos, guiados pelo capital. As classes comungam seus valores sociais conservadores, fato que os impede de amadurecer sua concepção acerca da flexibilização do sistema penal.

A imaturidade da sociedade é um dos desafios a serem vencidos para a garantia de uma sociedade solidária e fraterna, objetivos que estão longe de serem alcançados, em virtude do estágio conservador e utilitarista em que se encontra o Brasil atualmente.

Outro fator preponderante para o conservadorismo e congelamento do sistema penal concerne ao exacerbado formalismo pautado no cerne da justiça brasileira. Para Lyra Filho, esse formalismo jurídico é frequentemente utilizado como pretexto de segurança jurídica. Porém é possível tornar as operações menos burocráticas, a fim de promover a harmonia e a agilidade processual.

Que insegurança maior pode haver do que a clamorosa injustiça, formalizada em lei e, ademais, sem meio de impugnação, depois de se tomar a formalização como intocável fonte de segurança e, portanto, de “justiça”? [...] a verdade é que a limitação ao imperfeitamente denominado direito positivo carrega sempre algum contrabando filosófico – a começar pela redução do direito ao seu aspecto formal, o que já esboça uma ontologia implícita, embora da pior qualidade. Trabalhando às cegas o formalismo termina inspirando conselhos semelhantes àquele de ANTOLISEI, que vedaria aos juristas um exame “demasiadamente” aprofundado na justificativa dos institutos.(FILHO, 1972, 78-79)

### **3. TEORIA DA ROTULAÇÃO E ANÁLISE DE FATORES QUE INFLUENCIAM COMPORTAMENTOS CONSIDERADOS “DESVIADOS”**

Desde que o ser humano passou a conviver com outros seres humanos, no que se chamou de sociedade, algumas regras foram impostas para que todos pudessem viver harmoniosamente. Então desde os primórdios da humanidade, certos comportamentos são considerados como “certos” ou “errados”. As sociedades foram evoluindo ao longo dos tempos, e esses conceitos obviamente foram mudando.

Nas sociedades mais primitivas, ou nos atuais grupos sociais, geralmente quem faz as regras são os mais velhos, que as deixam de herança aos mais jovens. Então quem não se comporta de acordo com essas regras é considerado um marginal, ou desviante. Entretanto, esse marginal pode ter uma visão diferente dessa questão, ao questionar se quem faz as regras tem competência para isso. Não seriam eles os desviantes?

Os costumes, como simples “folkways” ou na feição de “mores” bem estabelecidos – na classificação de Sumner porque não são suficientes, em tais casos, para conformar os comportamentos sociais – cedem lugar ao Direito que passa a desempenhar, com a sociedade mais complexa e no rumo das institucionalizações bem definidas, o instrumento mais forte de controle social, embora incidente sobre uma parcela apenas reduzida dos comportamentos. (ROSA, 2004, p.89)

Atualmente as regras que respeitamos acima das demais são as leis. Cada cidadão pode pertencer a inúmeros grupos sociais, cada um deles com as suas próprias regras, entretanto todos têm que respeitar as leis. Elas são definidas pelo Estado, que usa seu poder de punição para garantir que todos a cumpram. Rosa (2004, p.89) ainda ressalta que “Kelsen reconhece que o Direito não passa de uma ordem de coação exterior que se converte numa específica técnica social”.

É claro que, na passagem ao estatal, subsistem ordenamentos conflitantes, modelando consciências jurídicas contraditórias na própria medida em que a sociedade dividida em classes o determina. (SOUTO; FALCÃO, 2005, P.62)

Nesse ínterim podemos considerar ainda a intensidade do desvio. Comumente consideramos que um ladrão é um marginal, mas que uma pessoa que bebeu um pouco e saiu dirigindo e foi multado é um coitado, azarado. Ambos cometeram infrações e foram

punidos. Então como podemos considerar que um é mais marginal que o outro? Nesse aspecto as questões culturais falam mais alto. Numa análise mais simplista, quanto mais o comportamento se desvia do considerado “normal”, mais marginalizado ele é, e consequentemente, pior o seu julgamento.

Tem sido observado que, com uma frequência pouco ressaltada, mas significativa, comportamentos ditados aparentemente apenas pelas normas morais de certos grupos tiveram e têm origem em mandamentos de ordem jurídica. Tais mandamentos se refletem, dessa maneira, em modos de agir, formas de comportamento que adquirem conteúdo moral próprio, independente da ordem jurídica, mas nem sempre por esse motivo despidos de conteúdo ético marcante. (ROSA, 2004, p.57)

Existem correntes que consideram os desvios como doenças. Podemos dizer que principalmente os mais antigos, ou os mais religiosos pensam dessa maneira. Então os motoristas bêbados são doentes, os homossexuais também, isso sem mencionar os drogados. Isso por que a norma social é não beber, não usar drogas e manter um comportamento heterossexual.

O desvio também depende da resposta dos outros ao comportamento desviante. O Direito representa uma resposta aos comportamentos de desvio (ROSA, 2004). Como mencionado anteriormente, podemos facilmente considerar que o ladrão é mais transgressor do que o alcoolizado ao volante. Trata-se neste caso de uma questão cultural.

Porém podemos enxergar isso de outra maneira ainda. Se considerarmos a traição como um desvio, por exemplo. O marido pode trair a esposa por anos, e ninguém ou muito poucos saberem disso. E a resposta dos outros a esse comportamento vai ser nula. Mas se o assunto vir à tona, pode haver uma grande repercussão na sociedade em que ele vive. Nesse caso ele não sofreria sanções penais, mas sofreria sim sanções sociais. Vamos considerar então o genocídio. Na época de Hitler, a maioria das pessoas acreditava que o que ele estava fazendo era correto. Alguns nem consideravam como uma transgressão às regras, mas como uma melhoria na sociedade. No contexto atual, entretanto, ele não poderia em hipótese alguma agir dessa maneira. A repulsa da sociedade a nível mundial seria unânime. Então o ponto principal do desvio é o contexto e a resposta das pessoas ao ato cometido. Pode ser que um infrator não seja punido, e pode ser que alguém que nem sequer violou as regras seja punido como se o tivesse feito.

Diferenças na capacidade de fazer regras e de aplicá-las a outras pessoas representam, essencialmente, diferenciais de poder (quer legais ou extralegais). Distinções de idade, sexo, etnia e classe estão todas relacionadas a diferenças de poder, que explicam diferenças no grau em que os grupos assim diferenciados podem fazer regras para os outros. O desvio é criado pelas respostas de pessoas a tipos particulares de comportamento, pela rotulação daquele comportamento como desviante, devemos também ter em mente que as regras criadas e mantidas por tal rotulação não são universalmente aceitas. (MENDES)

Na sociedade em que vivemos ainda devemos considerar um outro fator: quem cometeu o delito. Seria utopia pensar que todos são tratados e punidos da mesma maneira. É fato que os mais abastados têm menos chances de serem punidos do que os mais pobres. E, apesar de muitos não gostarem de admitir, questões raciais também devem ser consideradas. É fato estatístico que há mais negros presos do que brancos. Infelizmente, essa é a nossa realidade. É a maneira como a nossa sociedade marginaliza.

#### **4. COMPRAÇÃO DA TEORIA DE LYRA FILHO COM A ATUAL FASE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

O Brasil tem a 4º maior população carcerária do mundo, em julho de 2012, de acordo com o Ministério da Justiça cerca de 550 mil brasileiros encontravam-se presos, uma proporção de 288 presos por 100 mil habitantes. Deste modo, a superlotação em presídios torna-se inevitável, e por consequência a condição desumana em que os presos são obrigados a cumprirem suas penas. Infelizmente, este é um problema que está longe de ser resolvido no nosso país, pois a opinião pública não consegue enxergar as consequências e a importância de resguardar os direitos fundamentais dos presos, e assim qualquer política pública que visa melhorar tal situação não demora a ser massacrada, seja pela população ou pela grande mídia. Pois, para estes a pena a ser cumprida pelo condenado não envolve apenas a perda de direito à liberdade, e sim, o direito a ser humano, tendo que viver em um local sujo, exposto a doenças, humilhações e torturas físicas e psicológicas.

Contundo, ao analisar quais condenados devem ser submetidos a tais condições, depara-se com a perspectiva da punição e da justiça na esfera penal brasileira. Afinal, será

que estes que são submetidos a tal situação desumanas são vindos das mais diversas classes e cores da sociedade? Quem realmente é “digno” de tal tratamento?

O julgamento do Massacre do Carandiru colocou em cheque o conceito de punição no Brasil, como bem salientando por Luis Mendes, ex detento e agora escritor:

O presidiário quer saber se a Justiça foi feita só para ele ou para todas as pessoas que ferem as leis do Código Penal, mormente os que massacraram e exterminaram mais de uma centena de pessoas. Porque se os PMs que cometeram tais crimes bárbaros (nada mais bárbaro que sair matando pessoas que nem se conhece em galerias escuras, indiscriminadamente) forem absolvidos, praticamente ficará liberado matar presos indefesos dentro das prisões.

É possível notar que a camada mais baixa da sociedade clama em saber se o sistema prisional, o destino certo de muitos jovens da favela, será também o mesmo da sociedade “civilizada”. Ou seja, a quem justiça servirá, pois O Direito penal brasileiro pauta-se da benevolência, garantindo o bem estar da coletividade, sendo assim a punição deve ser algo que contribua para a sociedade como um todo, ou seja, para o condenado e para vítima de certa conduta, e não somente para uma parcela.

Portanto, é importante que a pena restritiva de liberdade, aplicada sem limites pelo judiciário brasileiro, seja questionada, pois na forma que tal sanção é aplicada hoje em dia está mais ligada à higienização da classe marginalizada nas ruas brasileiras.

Para ilustrar as afirmações acima, basta analisar o caso dos três jovens, de classe alta, que atearam fogo em um Índio em 1997 em Brasília, sendo condenados a quatorze anos de prisão por homicídio doloso. A promotora responsável pela acusação, Maria José Miranda, afirma que os três tiveram regalias na prisão, mesmo tratando-se de crime hediondo, que nenhum outro preso teria, como água quente, cortina e até mesmo a chave da cela:

Se o processo tivesse sido de réus comuns, mortais comuns, teria tido o curso de apenas seis meses. Tínhamos provas em abundância. O processo era, tecnicamente, muito simples. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL23764-5598,00.html>>).

A especialista em Direito Penal, Soraia da Rosa Mendes, também comentou o caso à época da condenação:



O sistema carcerário brasileiro é seletivo. Escolhe dentro do sistema quem são os que vão estar atrás das grades e os que não vão estar. E o critério, infelizmente, não é dado pelo crime cometido, mas pelas condições sociais e econômicas do réu. (Disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/assassinados-do-indio-galdino-tiveram-tratamento-diferenciado-diz-promotora-20120420.html>).

Enquanto crimes bárbaros cometidos por jovens de classe média tem um processo diferenciado, milhares de jovens, pobres e negros são encarcerados diariamente por crimes onde penas alternativas seriam muito mais eficazes. Afinal, o sistema carcerário atual mais fortalece o crime organizado do que ressocialização do condenado.

Outra questão importante de ser analisada é descriminalização de certas condutas, pois como exposto na teoria de Lyra Filho a criminologia conservadora, visa dogmatizar e marginalizar certas ações humanas. Entretanto, está mais cristalino que a proibição do consumo de drogas não impede que as pessoas façam uso das mesmas. Isto é, tal conduta criminosa, seja, utilizar, vender, transportar e etc., não faz com que o tráfico e o consumo de drogas diminuam, muito pelo contrário. Não é por acaso que o crime que mais prende no Brasil são os que encaixam-se na lei de Drogas, nº 11.343, no ano passado 32% dos apenados no Brasil respondiam por tráfico de entorpecentes.

Destarte, percebe-se que a criminalização de condutas e as sanções impostas pelo Direito penal, estão longe de cumprir sua função, servem apenas para alimentar ainda mais a violência, tornando-se um ciclo sem fim.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, verifica-se que as concepções de Lyra Filho necessitam ser expostas com mais frequência aos operadores do Direito que atuam na matéria penal, suas aspirações estão relacionadas à flexibilização do sistema penal, buscando entender a rotulação, e as regras sociais de imposição.

Verificou-se que o Direito penal brasileiro deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, sendo assim a punição deve ser algo que contribua para a sociedade como um todo, ou seja, para o condenado e para vítima de certa conduta, e não somente para uma parcela. Contudo, as sanções penais na prática não

demonstram isso, afinal, está cristalino que as penas brasileiras não atingem a sua finalidade.

É necessário então, não apenas rever se certas penas são as mais sensatas para certos casos, como também observar se as regras sociais são justas e solidárias. O capitalismo não pode ditar as regras da justiça de forma tão cruel, promovendo a desigualdade social e privando de liberdade aqueles que não tem oportunidades iguais e reais de crescimento.

Ademais o grande desafio para o aprimoramento deste sistema está relacionado com o amadurecimento da sociedade brasileira, além da flexibilização da política, da economia e do Direito penal, no intuito de garantir uma sociedade justa, solidária, igualitária livre e fraterna.

## 6. REFERÊNCIAS

BECKER, Howard S.. **Uma Teoria da Ação Coletiva**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

CANÁRIO, Pedro. **População carcerária dobra em dez anos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-23/numero-presos-cresce-indice-criminalidade-brasil>>. Acesso em: 30 maio 2021.

FILHO, Roberto Lyra. **Criminologia Dialética**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972;

JARDON, Carolina. **Assassinato do índio Galdino completa 10 anos**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL23764-5598,00.html>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MARQUEZ, Marina. **Assassinos do índio Galdino tiveram tratamento diferenciado, diz promotora**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/assassinos-do-indio-galdino-tiveram-tratamento-diferenciado-diz-promotora-20120420.html>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MENDES, Aleco. **Desvio Social: Marginais e Desviantes**. Disponível em: <<http://dobrandoutraesquina.blogspot.com.br/2008/12/desvio-social-marginais-e-desviantes.html>>. Acesso em: 25 mai 2021.

MENDES, Luiz. **Julgamento coloca em xeque a definição de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/julgamento-coloca-em-xeque-a-definicao-de-justica/>>. Acesso em: 20 maio 2021.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito: no fenômeno jurídico como fato social**. 17.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica**. 2.ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

## OS FUNDAMENTOS DA PROPAGANDA ELEITORAL NAS REDES SOCIAIS

**LUCIANO LEITE PEREIRA:** Agente de Polícia Legislativa – Câmara dos Deputados do Distrito Federal; Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade de Tecnologia e Ciências do Alto Parnaíba – FATAP; Especialização em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá – UNESA.

**RESUMO:** O presente trabalho trata sobre a propaganda política na internet, mais precisamente através das redes sociais, em sede de campanha eleitoral. A internet, se comparada a outros meios de comunicação de massa, é um meio novo, que só chegou ao Brasil no ano de 1988, tendo sua utilização, nas campanhas eleitorais, iniciado na década de 90. Com o passar do tempo, esse novo meio foi, gradativamente, ganhando grande importância nas campanhas eleitorais, e, a legislação, no início, não conseguiu acompanhar a velocidade com que esse meio se expandia. Assim, durante algum tempo, essa nova modalidade de informar careceu de uma regulamentação mais específica, que atendesse às suas peculiaridades, o que fez com que o assunto fosse tratado, por muito tempo, pelo Tribunal Superior Eleitoral, através de seu poder de regulamentar as eleições.

**Palavras-Chave:** Eleições; Propaganda; Campanha; Redes sociais; Limites.

### 1. INTRODUÇÃO

Em um sistema democrático, tal qual o vivido pelo Brasil, necessita-se de diversos elementos que tragam ao seu bojo o contexto necessário para respeito ao regime democrático e suas prerrogativas. Uma das facetas de nossa democracia é o processo eleitoral em sentido amplo, ou seja, abrangendo não apenas as eleições em si, mas a regularização dos partidos, Justiça eleitoral, elegibilidades constitucionais e infraconstitucionais e a propaganda eleitoral.

este sentido, temos o estudo da propaganda eleitoral, ou seja, como funciona o sistema de captação de votos por partes dos candidatos, da participação e propaganda ideológica e partidária dos partidos do país. A campanha política envolve o momento em que os partidos usam dos meios de comunicação, em geral, para apresentar à sociedade as suas propostas, sua ideologia e assim influenciar as escolhas dos cidadãos e conseguir espaço em nosso cenário político.

Essa propaganda pode ser: intrapartidária, partidária e a propaganda eleitoral propriamente dita, que é a realizada pelos candidatos no período das eleições gerais e municipais, onde estes mostram aos cidadãos as suas mensagens e propostas, buscando influenciá-los na hora de decidir em quem votar. Quanto aos meios, a propaganda pode ser realizada por meio da imprensa escrita, através de, por rádio, televisão e pela internet, sendo esta última o foco deste trabalho, mais especificamente, a realizada através das redes sociais.

Com a popularização da internet nos anos 2000, cada vez mais pessoas tivessem acesso a todo seu conteúdo, tendo as redes sociais passado a ser um local de encontro de usuários da grande rede, o que veio a atrair a atenção dos candidatos, já que poderiam ser vistos por um grande número de pessoas a um baixo custo, se comparado a outros meios, tendo isso ficado evidenciado após os protestos ocorridos no mês de junho de 2013, que foram organizados, principalmente, por lá e se tornaram um dos maiores da história recente do país.

Além disso, por ser a internet uma “via de mão dupla”, onde há a possibilidade dos eleitores interagirem diretamente com os candidatos, o que é bastante difícil acontecer pelo rádio e pela televisão, esse meio passou a ganhar a preferência de um número maior de políticos. Com cada vez mais pessoas tendo acesso ao mundo virtual, esse processo passou a se tornar irreversível, para se ter ideia, o Facebook, uma das redes mais utilizadas no Brasil, no segundo trimestre do ano de 2014, teve cerca de 98 milhões de usuários, com 59 milhões de acessos diários.

Passou-se então a se discutir quando e como poderia ser utilizada esse tipo de propaganda, se seria equiparada às demais modalidades, sendo permitido o seu uso somente após o dia 05 de julho do ano das eleições (até a reforma eleitoral do final de 2015), já que esse é o ponto de partida para o início da propaganda eleitoral em geral, ou se poderia ser flexibilizado o período da propaganda por esse meio.

Como verificado, o tema é controverso, pois a atual legislação limita o uso da internet, em geral, na propaganda política, equiparando-a ao rádio, televisão e imprensa escrita, mas, de outro lado, parcela dos políticos entendem que a vedação fere a constituição federal, o que demonstra que o tema merece um estudo mais aprofundado.

O que se busca neste trabalho é discutir sobre os limites do uso das redes sociais na propaganda eleitoral, a questão temporal, qual o momento e como podem ser usadas, levando-se em consideração as peculiaridades deste recente meio de propagação de

informações, respeitando-se, porém, a legislação eleitoral. Debater o que seria propaganda paga nas redes sociais e as perspectivas para as eleições futuras.

## **2. OS FUNDAMENTOS DA PROPAGANDA ELEITORAL**

A propaganda é o meio de se mostrar algo a alguém, de se expor informações sobre determinada coisa, ou pessoa, a terceiros, com o fim de persuadir estes para que, dependendo da situação, adquiram essa coisa ou, no caso da política, filiem-se a determinada agremiação partidária ou votem em seus candidatos.

O Professor José Jairo Gomes, em seu livro, Direito Eleitoral, afirma que propaganda é mostrar algo a várias pessoas, fazendo com que esse algo se propague e alcance o maior número de pessoas possíveis. E, em uma visão técnica, é um procedimento de difusão de informações para a grande "massa", onde o principal objetivo é expor as suas ideias ou mostrar algo, com o fim de obter o apoio do grande público. Nesse processo, busca-se persuadir as pessoas com as informações desejadas, com o intuito de fazer com que elas venham a apoiar determinada ideia, podendo ter cunho ideológico, político, religioso, econômico ou social(GOMES, 2015. p. 377)

A propaganda política tem por principal característica a exposição de ideias aos cidadãos em geral, sempre buscando o seu apoio, seja filiando-se ao partido, seja votando em seus candidatos, com o objetivo de chegar ao poder e ali poder pôr em prática a sua filosofia. José Jairo Gomes, citando Djalma Pinto (2005, p.214), pontua que a propaganda é voltada para a *polis*, ai compreendido tudo o que se refere à cidade, ao Estado, ao modo de governá-la.

Esse mesmo autor afirma que a publicidade não tem compromisso com a verdade, isto é, não tem necessariamente correspondência com o mundo objetivo. Que não se dirige à razão, mas a emoção, aos sentimentos.(GOMES, 2015, p. 378).

Uma importante diferenciação deve ser feita com relação à diferença entre Propaganda Política como gênero e suas três espécies. Segundo o professor José Jairo Gomes a propaganda política como gênero comporta três espécies: propaganda partidária, propaganda intrapartidária e propaganda eleitoral.

A propaganda partidária é a regulamentada pelos artigos 45 a 49 da Lei dos Partidos Políticos, Lei nº 9.099, de 19 de setembro de 1995, (BRASIL, 1995), e consiste na divulgação de ideias e do programa partidário da legenda em questão, logo não há pedido de votos explicitamente e sim uma tentativa de demonstrar aos eleitores quais as bases fundantes do partido em questão. É veiculado durante o ano inteiro conforme a lei, sendo vedada tão somente no segundo semestre do ano eleitoral.

A propaganda intrapartidária é aquela facultada aos “candidatos a candidato” durante as chamadas convenções eleitorais, local onde há a escolha de quais os nomes serão lançados pelos partidos políticos à candidatura naquele pleito. Há vedação de uso de rádio, televisão e outdoor, uma vez que seus alvos são apenas os filiados à agremiação que participará da convenção em questão.

Por fim, a propaganda eleitoral é aquela elaborada por partidos e candidatos com a finalidade de captação de votos do eleitorado para fins de uma investidura em um cargo público eletivo, ou seja, é aquela que tem como finalidade maior a de influir na escolha dos eleitores em um pleito. Encontra-se regulada nos artigos 240 a 256 do Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (BRASIL, 1965), e pode ser subliminar ou explícita, ou ainda negativa ou positiva.

Segundo o renomado autor, a propaganda positiva é aquela onde se busca mostrar as qualidades do beneficiário ao público, mostrando sempre os pontos positivos da vida do beneficiário, com o fim de se mostrar ao povo que aquele candidato é o que reúne as melhores condições para ocupar o cargo em disputa. Por outro lado, a propaganda negativa é aquela onde a finalidade principal é desqualificar o candidato adversário. Como o próprio autor cita, “tem por fulcro o menoscabo”, sempre buscando deixar evidente que ele não possui capacidade técnica e moral para ocupar o cargo eletivo (GOMES, 2015, p. 394).

Interessante o destaque, ainda, dos fundamentos da propaganda política em si, uma vez que através dela há a efetivação de um controle maior da influência sobre o eleitorado e assim sobre o resultado de um pleito erigido em um regime democrático. Pelo texto constitucional, temos que o direito de antena, como é assim conhecido o direito à propaganda política, é direito fundamental previsto no artigo 17 §3º.

Além de tal fundamento, parte-se de duas bases sólidas, igualmente constitucionais, para validação da propaganda política: as liberdades de informação e de expressão. Para José Jairo Gomes, a liberdade de informação está ligada ao direito de informar, de proceder à comunicação de fatos, sem interferências indevidas, ao mesmo passo que abrange o direito de cada cidadão receber essas informações.

Já a liberdade de expressão traz consigo o direito de expor opiniões, de manifestar suas ideias e pensamentos, tendo, inclusive, previsão no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) onde, somente, o anonimato é vedado. O autor afirma, ainda, que ambos servem de fundamento para o regime democrático (GOMES, 2015, Pg.383).

É de grande importância da propaganda política para os pleitos eleitorais. No geral, é este o momento principal de qualquer eleição. É nela que os candidatos conseguem ser vistos e expor suas ideias ao eleitorado. É ali onde os votos dos indecisos são conquistados e muitos outros mudam suas opiniões e passam a apoiar candidato “A” ou “B”.

Muitas vezes, na sociedade, o público e o particular se confundem. Então, para a população em geral, é de grande importância saber se os interesses que os candidatos - e dos grupos que os apoiam - convergem com os seus, para então decidir em apoiá-los ou não. E é através da propaganda que essas ideias são expostas ao público

Assim, representa a propaganda política como importante meio de efetivação de liberdades e garantias previstas constitucionalmente para a população que deve ter acesso à coisa pública e aos contornos necessários para definir suas escolhas políticas, bem como efetiva-se a necessária confirmação de nosso regime democrático como aquele apto a responder pelos anseios históricos do tema.

### **3. BREVE HISTÓRICO SOBRE PROPAGANDA ELEITORAL**

Passa-se nesse momento para a apresentação de um breve histórico sobre a legislação e a importância da propaganda política em nosso país, principalmente no que se refere ao poder de manobra e influência que pode ser exercido em nosso regime democrático.

Para se ter uma ideia, nas eleições de 2014, para o cargo de presidente da república, logo no início da propaganda eleitoral as candidatas Dilma Roussef e Marina Silva tinham, em pesquisa eleitoral realizada pelo Instituto Data Folha, realizado em 29 de agosto daquele ano, 34% das intenções de votos, enquanto o candidato Aécio Neves possuía apenas 15% das intenções, sendo que, naquele momento, eram aquelas que iriam para uma eventual disputa de 2º turno.

O fato é que não foi isso o que ocorreu. Ao final da votação do 1º turno, a candidata Dilma Roussef apareceu com 41,59% dos votos e o Candidato Aécio Neves com 33,55% dos votos. A candidata Marina Silva apareceu com apenas 21,32% dos votos. Tem-se aí uma clara demonstração da força e importância da propaganda eleitoral para a definição de qualquer disputa eleitoral.

No Brasil, tem-se notícia que a primeira campanha política foi o manifesto republicano, de 03 de dezembro de 1870, publicado no jornal “A República” do Rio de Janeiro, de autoria de Quintino Bocaiuva. Em suma, nele era exposta a insatisfação com o governo da época. Importe-se observar que, neste ato, não se tinha uma propaganda



política propriamente dita, pois, o que se observa ali, é uma campanha negativa relacionada a outra pessoa.

Durante todo o período da república o principal modo de se realizar a propaganda política eram os jornais, até porque o rádio só passou a ser transmitido no Brasil no ano de 1922 e a televisão no ano de 1950. O professor Adolfo Queiroz cita meios de propaganda utilizados por alguns ex-presidentes do Brasil, em suas campanhas, desde a época da república velha até 1992.

O então candidato Prudentes de Moraes, no ano de 1894, utilizou, basicamente, jornais e cartões de festas de final de ano. No pleito seguinte, Campos Sales, além dos jornais, utilizou panfletos e cartas. Rodrigues Alves, em 1902, utilizou, principalmente, jornais e comícios.

Já Getúlio Vargas, no período de 1930 a 1950, além do já tradicional uso do jornal, utilizou como uma grande arma o rádio, além de materiais promocionais, tais como bóttons com efígie, a imagem do então futuro presidente junto à bandeira nacional, caricaturas, chaveiros, pulseiras, aparelhos de jantãs, chás, cafés, cinzeiros, palestras, implementando vídeos, documentários, cinema e TV.

Juscelino Kubitschek, em 1955, implementou a utilização de revistas, modelo da nova cédula eleitoral ensinando os eleitores a votar, veículos eletrônicos e os já conhecidos materiais promocionais, tais como: bexigas, folders, flâmulas, faixas, cartazes, folhetos, santinhos. Jânio Quadros, em 1960, trouxe como principais novidades, bilhetes de rifas, cédulas manifestos volantes e boletins em forma de manifesto.

No período dos governos militares, iniciado por Castello Branco, em 1964, o que se viu foi o uso, basicamente, de jornais, rádios, filmes e televisão. Com o fim dos governos militares, no pleito de 1984, operou-se a volta de alguns meios que foram pouco usados naquele período, tendo Tancredo Neves vindo a usar outdoors, veículos eletrônicos e os já tradicionais materiais de campanha, como camisetas, bóttons, adesivos, cartazes, dentre outros.

Fernando Collor de Melo, em 1989, durante sua campanha, usou praticamente os mesmos meios de seu antecessor, como jornal, rádio, outdoor, revista, veículos eletrônicos, material promocional: bandeiras, adesivos, cartazes, chaveiros, camisetas. Por fim o professor Adolfo cita que Itamar Franco utilizou jornais, revistas e TV (Queiroz, 2015, p. 5-10).

Como se percebe, as campanhas, com o passar do tempo, foram ganhando mais “corpo”, tendo-se utilizado pouquíssimos meios em seu início, e, ao passar dos anos, cada vez mais formas de comunicação foram se juntando às já existentes. A cada vez que surgia um novo meio de comunicação, era logo utilizado na propaganda eleitoral, como foi o caso, por último, da internet e, mais precisamente, das redes sociais, principal objeto de estudo do presente trabalho.

Pela exposição, fica demonstrado que a cada pleito mais formas de comunicação iam sendo usadas pelos candidatos, desde Prudente de Moraes, até Jânio Quadros, tendo uma queda com a chegada dos governos militares de Castello Branco e Emílio Médici, onde estes usaram apenas meios mais tradicionais à época, como jornais, rádio, televisão e revistas.

É certo, também, que com o passar do tempo, algumas formas de propaganda foram sendo deixadas de lado, seja pela baixa eficiência, seja pela proibição da própria legislação eleitoral. Como exemplo daqueles, podemos citar as mensagens eletrônicas enviadas aos correios eletrônicos dos eleitores ou mesmo os cartões de final de ano desejando boas festas, este último utilizado por Prudentes de Moraes no longínquo ano de 1894.

Como exemplo daqueles que foram proibidos pela legislação eleitoral, pode-se citar as vedações contidas no artigo 39, § 6º, 7º e 8º, da lei 9504, de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997), que vedam, respectivamente, a distribuição por comitê, candidato, ou com sua autorização, de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor; a realização de *showmício* e de evento assemelhado para promoção de candidatos; e a propaganda eleitoral mediante outdoors, inclusive eletrônicos.

O quadro de Adolpho Rodrigues Queiroz expõe os meios de comunicação utilizados nas campanhas de Prudentes de Moraes até Itamar Franco, em 1992, fazendo-se a ressalva que este último era o vice do então presidente Fernando Collor de Melo, o qual sofreu processo de impeachment durante seu mandato. A grande questão do histórico é justamente demonstrar que a legislação eleitoral não acompanha no mesmo ritmo as inovações tecnológicas que surgem, e, em si, traz a grande discussão da propaganda política pelas redes sociais.

#### **4. NOVAS TECNOLOGIAS E A PROPAGANDA POLÍTICA**

É certo que a legislação eleitoral como um todo ainda é muito recente e em matéria de propaganda eleitoral é ainda mais problemática esta relação com o tempo, diante da rápida evolução dos meios de comunicação em massa e, principalmente, do

avanço significativo da rede mundial de computadores, da internet, e das ferramentas que surgem agregadas a ela.

Como cita o professor André Augusto Lins da Costa Almeida, em artigo publicado na grande rede, a internet chegou ao Brasil no ano de 1988, sendo que somente foi disponibilizada em centros de pesquisas e em universidades. Posteriormente, no ano de 1995, uma portaria governamental possibilitou os provedores de acesso comercializarem o acesso à grande rede. Como o nobre professor mesmo assevera, desde então a quantidade de usuários vem se expandindo gradualmente, havendo a estimativa que, no ano de 2002, 14 milhões de pessoas já tinham acesso à internet residencial (ALMEIDA, 2002).

Segundo pesquisa realizada pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (Cetic.br), cerca de 32,4 milhões de domicílios, no ano de 2014, estavam conectados à internet. Isso representa mais de 50% do total das casas. Algumas vezes, esse novo modo de escrever e falar transpassa o âmbito virtual, sendo percebido a sua presença na escrita e nas conversas cotidianas.

O grande choque reside na forma de divulgação dos meios de comunicação anteriores e os novos, considerando que a televisão, rádio e imprensa, como formas tradicionais, tinham alvos direcionados e bem delimitados. Por outro lado o uso da internet através de redessociais, blogs e derivados é uma comunicação difusa, descentralizada e instantânea, seu potencial de influência positiva e negativa é ainda maior e a falta da regulação é latente.

A internet é um “marco” nas eleições brasileiras, principalmente nas últimas eleições gerais em 2014. Hoje, a maioria dos partidos políticos possui a sua página na internet, utilizada como um canal para transmissão de programas de Governo, fotos, músicas da campanha e agenda de compromissos, ainda que a exploração de espaço de maneira mais intensa e para divulgação de debates, ainda fique abaixo das potencialidades da rede.

Ainda em 2002, o então Ministro Edson Vidigal debatendo a regulamentação da Resolução nº 20.287 do TSE (BRASIL, 2002), asseverou que aquela corte estava inaugurando, na Justiça Eleitoral, a apreciação judicial sobre o uso da internet, já com a aceitação que seria ela um meio de comunicação, sendo, então, possível a sua utilização na propaganda política eleitoral.

Até as eleições de 2008, a legislação brasileira pouco dispunha sobre a propaganda eleitoral na internet, mesmo porque a Constituição Federal assegura como

direitos fundamentais a liberdade de informação e de expressão do pensamento, explicados acima. Contudo, a Lei n.º 12.034 de 29 de setembro de 2009 (BRASIL, 2009) e a Lei n.º 13.165 de 29 de setembro de 2015 (BRASIL, 2015), trouxeram previsões que visam a regulamentação mais concreta da propaganda eleitoral na internet.

Sobre a questão da regulamentação, o promotor de justiça Emmanuel Girão de Castro Pinto, em artigo publicado no sítio do Ministério Público do Estado do Ceará, afirma que à propaganda na internet, como um todo, submete-se aos princípios da propaganda em geral, ou seja, sempre que houver ofensa à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem da pessoa, o prejudicado poderá pleitear o devido direito de resposta na via adequada, sendo vedado, contudo, a censura prévia em qualquer forma de propaganda, incluindo, aí, a propaganda através das redes sociais (PINTO, 2015.).

Como se percebe, na opinião do ilustre promotor de justiça, assim como não cabe a censura prévia da propaganda realizada através das redes sociais, este novo meio de comunicação deve se submeter às regras e princípios que norteiam as demais modalidades de propaganda e, fatalmente, sofrer o devido controle judicial.

Portanto, vê-se que a propaganda eleitoral nas redes sociais é um grande avanço, ainda timidamente acompanhado pela legislação, mas que por si só já demanda um necessário debate acadêmico para que se visualize seus potenciais danosos e positivos no direito eleitoral.

## **5.OS DESAFIOS DAS REDES SOCIAIS**

O principal ponto deste trabalho é analisar a propaganda eleitoral na internet e o principal expoente sobre esse debate reside sobre a temática das redes sociais, logo é necessário fazer um panorama acerca a importância, origem e algumas das características das aclamadas redes sociais na sociedade moderna.

Para além da questão legislativa, o próprio avanço das mídias sociais trazem em si toda uma nova realidade de influência social. Como afirma o professor José Jairo Gomes, essa influência pode claramente ser verificada através das mudanças da linguagem por conta da popularização da internet em geral. Muitas palavras são abreviadas, havendo substituições de palavras por outras, até por símbolos (GOMES, 2015, Pg.380).

Nos últimos anos as redes sociais passaram a exercer um papel fundamental na forma como o cidadão se informa, se comunica e se relaciona com as demais pessoas que compõe seu grupo social próximo e distante, haja vista o alcance que tais mídias possuem em um mundoglobalizado e sem fronteiras.

Rede social pode ser definida como uma estrutura social composta por pessoas e organizações, conectadas por uma ou mais de uma relação através de um compartilhamento mútuo de valores e objetivos comuns.

A principal característica das redes sociais reside em sua abertura, permitindo uma rede de relacionamentos horizontais, sem hierarquia, quase como uma não estrutura, uma vez que sua força reside justamente em sua possibilidade de desfazimento.

Outra característica é a velocidade das informações, uma vez que as interações acontecem em segundos, são compartilhadas por milhares e possuem um alcance imensurável, sendo tanto um canal de auxílio como de eventual propagação do ódio.

Pode-se citar como principais redes sociais o Twitter (uma espécie de microblog com mensagens que podem ser postadas em um limite de 140 caracteres), o Facebook (rede social onde se compartilha fotos e textos dos amigos e textos de própria autoria, bem como se pode curtir as postagens de amigos e pessoas que deixem seus murais expostos), LinkedIn (rede social para fins profissionais), Instagram (rede social de compartilhamento de fotos), Snapchat, Periscope (ambos redes sociais de compartilhamento instantâneo de vídeos e outrasmídias) e outros.

O baixo custo de uso, ou até nenhum custo, nas redes sociais como facebook, twitter e blogs em geral, vem conquistando muitos candidatos, que visualizam assim a possibilidade de superar o curto tempo de que dispõem nas propagandas veiculadas em rádio e televisão e ainda otimizar os custos de divulgação.

Mesmo com tantas vantagens, é possível verificar que o maior uso das redes sociais foram nas eleições gerais em cargos mais altos como de presidente e governador. Nos demais cargos, mais capilares, poucos políticos investiram em redes sociais, como um meio de efetiva mobilização e interação com o eleitor, seja por desconhecimento de como utilizar essas novas ferramentas, seja por não entenderem ainda o alcance de tais redes.

Há ainda o lado negro da internet, já que com seu alcance mais amplo, fica mais fácil de difundir boas e más informações, o que gera uma problemática gigantesca com relação ao direito de resposta previsto na Lei das Eleições.

Assim, considerando essa porosidade, velocidade e abertura constantes como elementos fundantes das redes sociais, estudar como funciona a propaganda eleitoral em tais termos é um desafio ao qual deve se debruçar todos os operadores do direito,

seja pela dificuldade de controle temporal, seja pela dificuldade de análise dos custos, seja pelo alcance das informações veiculadas, verídicas ou não.

Diante de tantas dificuldades e especialidades do tema, o presente trabalho busca desenvolver justamente opiniões e problemáticas relacionadas à propaganda eleitoral na internet e redes sociais em geral e teses jurídicas relacionadas à sua legalidade ou não nas próximas eleições.

## 6.REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. **A Propaganda Eleitoral na Internet**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3472/a-propaganda-eleitoral-na-internet>> Acesso em 17 Set. 2015. Brasil.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 9ª. Ed. Bahia: Juspodivm, 2015  
BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.  
Acesso em: 04 Abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em 04 Abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 19 de setembro de 1995**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm)>. Acesso em: 04 Abr. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 9.504 de 30 de Setembro de 1997**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 14.034 de 29 de Setembro de 2009**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 13.165 de 29 de Setembro de 2015**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. **Resolução TSE Nº 20.106, de 04 de Março de 1998**. Disponível em:<<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 05 abr. 2016.  
BRASIL. **Resolução TSE n. 20.287, de 6 de agosto de 1998**. Disponível em:<<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. **Resolução TSE Nº 20.562, de 02 de Março de 2000.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. **Resolução TSE Nº 20.988, de 21 de Fevereiro de 2000.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral.** 7ª Ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2014.

BRASIL. **Código Eleitoral Anotado e Legislação Complementar.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral-annotado/codigo-eleitoral>> Acesso em 17 .Set. 2015. Brasil.

### **Comissão de Ciência e Tecnologia Rejeita Novas Regras para Propaganda Eleitoral na Internet.**

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/politica/485565-comissao-de-ciencia-e-tecnologia-rejeita-novas-regras-para-propaganda-eleitoral-na-internet.html>> Acesso em 22 Set. 2015. Brasil.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral.** 10ª Ed. Curitiba. Juruá, 2010.

COSTA, Renata. **Quando Começaram as Propaganda Políticas no Brasil?** Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/historia/fundamentos/quando-comecaram-propagandas-politicas-brasil-499085.shtml>> Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

**Facebook tem 89 Milhões de Usuários no Brasil.** Disponível em :<<http://www.meioemensagem.com.br/home/midia/noticias/2014/08/22/Facebook-tem-89-milhoes-de-usuarios-no-Brasil.html>> Acesso em 26 Set. 2015. Brasil.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LAINETI, Otiz Rafael. **Propaganda Eleitoral na Internet e o Papel das Redes Sociais.** Disponível em: <<http://www.raadvogados.adv.br/blog/propaganda-eleitoral-na-internet-e-o-papel-das-redes-sociais>> Acesso em 22 Set. 2015. Brasil.

MACEDO, Roberto Gondo. QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **A propagação Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em: <https://solpoliticos.files.wordpress.com/2010/03/propaganda-politica-nobrasilsolpoliticos.pdf>. Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

Links Patrocinados em Redes Sociais são Propaganda Eleitoral Paga. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-21/links-patrocinados-facebook-sao-propagandaeleitoralpaga> > Acesso em 26 Set. 2015. Brasil.

**Pela 1ª vez, acesso à internet chega a 50% das casas no Brasil, diz pesquisa.** Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/pela-1-vez-acesso-internet-chega-50-das-casas-no-brasil-diz-pesquisa.html>. > Acesso em 19 mar 2016. Brasil.

PINTO, Emmanuel Girão de Castro. **Aspectos Jurídicos da Propaganda Eleitoral na Internet.** Disponível em: <[http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/aspectos\\_juridicos\\_propaganda\\_eleitoral.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/aspectos_juridicos_propaganda_eleitoral.pdf) >. Acesso em 17 Set 2015. Brasil.

PIVA, Rodrigo. **A influência das Redes Sociais no Processo Eleitoral.** Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes/n-6-juldez-2014/integra/2014/11/a-influencia-das-redes-sociais-no-processo-eleitoral/index.html>. Acesso em 17 Set. 2015. Brasil.

PORTIERI, Alexandre. **O Twitter na Justiça Eleitoral: A visão do TSE e dos TRE's Sobre Essa Nova Mídia Social.** Disponível em: <<http://alexandreportieri.jusbrasil.com.br/artigos/134137664/o-twitter-na-justica-eleitoral-a-visao-do-tse-e-dos-tre-s-sobre-essa-nova-midia-social>> Acesso em 29 Abr 2016. Brasil.

**Propaganda Eleitoral.** Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/propaganda-eleitoral>> Acesso em 29 abr 2016. Brasil.

QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **As Mídias Sociais e os Desafios da Comunicação Digital em Rede.** Disponível em: <[www.adolphoqueiroz.com.br/?p=208](http://www.adolphoqueiroz.com.br/?p=208)> Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

QUEIROZ, Adolpho Carlos Françoso. **Marketing Político, História e Evolução no Brasil Republicano.** Disponível em: <[www.adolphoqueiroz.com.br/?p=204](http://www.adolphoqueiroz.com.br/?p=204)> Acesso em 04 de Dez. 2015. Brasil.



QUEIROZ, Adolpho Carlos França. **Das Origens e Perspectivas Sobre o Marketing Político no Brasil**. Disponível em: <[www.adolphoqueiroz.com.br/?p=160](http://www.adolphoqueiroz.com.br/?p=160)> Acesso em 04 de Dez. 2015. Brasil.

QUEIROZ, Adolpho Carlos França. **Marketing Político e Mídias Sociais Avanços e Retrocessos**. Disponível em: <[www.adolphoqueiroz.com.br/?p=177](http://www.adolphoqueiroz.com.br/?p=177)> Acesso em 04 Dez. 2015. Brasil.

**TSE Libera Propaganda Antecipada nas Redes Sociais**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-09-13/tse-libera-propaganda-eleitoral-antecipada-nas-redes-sociais.html>> Acesso em 26 Set. 2015. Brasil.

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM TEMPOS DE INTERNET

**RAFAEL RODRIGUES SOUSA:**

Graduando em Direito pelo Centro  
Universitário Católica do Tocantins.

**RESUMO:** A presente pesquisa discute acerca dos limites da liberdade de expressão no âmbito da internet. Apresenta a problemática: no âmbito virtual, por serem as redes sociais os principais meios de comunicação e revolucionário da última década, potencializa e fere a prática da infração de limites da liberdade de expressão? Este artigo objetiva apresentar e exemplificar que assim como a liberdade de expressão consolida a democracia e direitos a personalidade, a mesma não pode ser sinônimo de violação de direitos individuais elencados e assegurados pela constituição federal. A discussão acerca do tema proposto expõe os limites da liberdade de expressão e apresenta a distinção entre princípio e delito, compreendendo os limites inerentes ao princípio, e o excesso do exercício do direito e o impedimento dele. O método utilizado foi o bibliográfico, através de teses, livros, dissertações, artigos e sites para a obtenção da compreensão acerca do tema instigado. Diante disto, considera-se que os debates produzidos e círculos em redes sociais possui limites a serem respeitados, e confronta direito a personalidade e liberdade de expressão e essa informatização tende a tornar a comunicação interpessoal mais individualista, fato que acaba por explanar sentimentos de egoísmo e discurso de ódio, refletindo na forma como as pessoas lidam umas com as outras no âmbito da internet.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Limitação. Redes Sociais.

**ABSTRACT:** This research discusses the limits of freedom of expression in the context of the internet. It presents the problem: in the virtual sphere, because social networks are the main and revolutionary means of communication of the last decade, does it potentiate and hurt the practice of violating the limits of freedom of expression? This article aims to present and exemplify that just as freedom of expression consolidates democracy and personality rights, it cannot be synonymous with violation of individual rights listed and guaranteed by the federal constitution. The discussion on the proposed theme exposes the limits of freedom of expression and presents the distinction between principle and crime, including the limits inherent to the principle, and the excess of the exercise of the right and the impediment of it. The method used was the bibliographic, through theses, books, dissertations, articles and websites to obtain an understanding of the theme instigated. In view of this, it is considered that the debates produced and circles in social networks have limits to be respected, and confront the right to personality and freedom of expression and this computerization tends to make interpersonal communication more individualistic, a fact that ends up explaining feelings of selfishness. and hate speech, reflecting on the way people deal with each other within the internet.

Keywords: Fundamental Rights. Freedom of expression. Limitation. Social networks.

## 1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal, garante a todos os cidadãos brasileiros o direito à livre manifestação, ao de direito de se pronunciar ou se manifestar, e no direito da proteção de espaço onde cada individuo possa se expressar socialmente (BRASIL, 1988).

Também considerada como um dos direitos fundamentais mais importantes do individuo, a liberdade de expressão é o alicerce que rege a democracia do país, de modo que sem a liberdade de expressão dos cidadãos de um país, não se pode conceber um Estado Democrático de Direito.

Toda pessoa nasce provida ao direito da liberdade de expressão que abrange a liberdade de opinião e a liberdade de transmitir e receber informações, idéias e pensamentos, sem que haja a intromissão ou imposição do poder público. Porém, tal principio não é considerado absoluto, posto que nenhum principio constitucional pode ser considerado ou se sobrepor mais importante que outro, e todos devem ser protegidos de forma igualitária pela Constituição Federal/88.

O direito a liberdade de expressão no século XXI deu ao povo a liberdade de expressão de forma incontrolável no que diz respeito ao uso da internet, principalmente no que tange ao uso exacerbado de redes sociais como ferramentas para expressão, posto que o estado não tem poder para impedir que postagens e publicações com conteúdo ofensivo ou criminoso se alastrem rapidamente. No entanto, a Constituição também trouxe garantias para responsabilizar indivíduos que ultrapassam os limites da liberdade de expressão.

A legislação brasileira dispõe de diversas matérias que são utilizadas para responsabilizar e punir todo aquele que pratica atividades ilícitas e ofensivas na internet, ainda que esteja resguardado pelo direito a liberdade de expressão.

A relevância deste estudo no âmbito acadêmico se dá devido à compreensão do tema que aqui é instigado, e que abrange a liberdade de expressão em tempos de internet de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à responsabilização de limites ultrapassados da liberdade de expressão por indivíduos.

Considerando que a utilização da internet cresceu excessivamente no século XXI, tornando-se uma das principais ferramentas de expressão, trabalho, estudo e

comunicação, este trabalho possibilitará uma análise mais precisa da liberdade de expressão na internet e os efeitos jurídicos para aqueles que ferem os limites e os direitos de outro cidadão.

A análise do direito à liberdade de expressão no uso da internet, no atual cenário jurídico brasileiro, faz-se necessário por se tratar de uma problemática nova, atual e que envolve muitas polemicas e contradições. Este estudo aborda grande destaque à liberdade de expressão e os efeitos jurídicos para aqueles que cometem crimes no uso da internet, possibilitando assim uma fácil compreensão dos temas abordados e suas particularidades.

A liberdade de expressão, por ser considerado um direito fundamental elencado na Constituição Federal Brasileira/88, dá garantias a todos os indivíduos para que possam se expressar livremente. Ao considerar isso, a internet se tornou uma ferramenta efetiva ao exercício deste direito. Decorrente disso questiona-se: A liberdade de expressão no uso da internet possui limites e conseqüências jurídicas para aquele que fere tais limites?

## **2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A liberdade de expressão é um direito fundamental inerente a todo cidadão brasileiro, garantido no art. 5º da Constituição Federal Brasileira/88, que determina ser “livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” enquanto o art. 220 veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

No entendimento de Marques (2010, p. 21) “a liberdade de expressão é vista como sendo a faculdade que o cidadão dispõe de expressar livremente seus pensamentos, idéias e ideais.” Desta forma, é facilmente notável que a liberdade de Expressão refere-se a manifestações de sentimentos e pensamentos que são inerentes da condição de ser humano.

A livre manifestação de pensamentos modificou a forma de expressão de diversos grupos sociais nos tempos atuais, principalmente com a implantação de novas tecnologias e o alcance e impacto que a internet trouxe no cotidiano mundial, posto que, o meio virtual está atrelado à liberdade de expressão.

Destarte, Canotilho (2014, p 255) considera que a liberdade de expressão possui ampla proteção de forma que todos os interesses dos indivíduos estão englobados, bem como seus reflexos na sociedade. Sua aplicação decorre do intermédio de manifestações escritas, orais e através de imagens, além dos novos conceitos de expressão oriundos do avanço de tecnologias como redes sociais, blogs, chats e sites.

É perceptível que a livre expressão da manifestação alcançou os avanços tecnológicos, e que as novas ferramentas que possibilitam a liberdade de expressão na

internet, não substituem as manifestações reais da fala, da escrita e imagem. Nesse sentido, Marques (2010, p. 22) afirma que são titulares do direito à liberdade de expressão todas as pessoas físicas. Nesse direito inserem-se também as jurídicas que embora não possuam corpo próprio, se manifestam por intermédio de seus representantes legais.

Sobre a incidência da liberdade de expressão sobre o ordenamento jurídico, Canotilho preceitua que:

[...] ela acolhe um valor extremamente importante para o funcionamento das sociedades democráticas, que deve ser devidamente protegido e promovido. Este valor deve irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, guinando os processos de interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral. Ademais, da dimensão objetiva decorre também o dever do Estado de criar organizações e procedimentos que deem amparo ao livre exercício de tal direito fundamental. (CANOTILHO 2014, p 256).

A expansão da liberdade de expressão no ordenamento jurídico se dá de forma que todos os indivíduos portadores deste direito podem ser pessoas físicas ou jurídicas, desde que a opinião expressada seja constituída no direito fundamento ao ser humano.

Desse modo, prevê Rodrigues Júnior que a —liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções e atos de vontade (RODRIGUES JÚNIOR, 2009, p.60).

Por conseguinte, a liberdade de expressão engloba e disponibiliza a todos os indivíduos de uma sociedade o direito a livre manifestação, podendo desfrutar de manifestações religiosas, ideológicas, políticas, artísticas, dentre outras, de forma que possa utilizar de diversas formas de tecnologia para propagar sua opinião.

### **3.INTERNET**

A internet tornou-se um mecanismo abrangente e de grande importância, facilitando o exercício de direitos, por ser uma das principais ferramentas de comunicação da sociedade na atualidade.

De acordo com Castells “a internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global” (CASTELLS, 2003, p.8). Desta forma, é nítido que a internet é um mecanismo potente

de informação rápida que facilita a comunicação da sociedade contemporânea e facilita a comunicação de indivíduos de diversas formas.

No Brasil, a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) é a agência que regulamenta e fiscaliza o uso de telecomunicações, e conceitua a internet em sua Norma 004/95 como “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores.”

De outro lado, Gonzáles conceitua que a internet:

[...] não é uma entidade física ou tangível, mas sim uma rede gigante que interconecta inúmeros pequenos grupos de redes de usuários conectados por sua vez entre si. É, portanto, uma rede de redes. Algumas das redes são fechadas, isto é, não interconectadas com outras redes ou usuários. A maior parte das redes, no entanto, está conectada através de redes que, por sua vez, estão conectadas a outras redes, de maneira que permitam a cada um dos usuários de qualquer delas comunicar-se com usuários de quaisquer outras redes do sistema. Esta rede global de usuários e redes de usuários vinculados é conhecida como Internet. (GONZÁLEZ, 2000, p. 36).

Destarte, o sistema de internet é basicamente uma imensa rede de comunicação onde informações são transmitidas e conectadas e um numero menor de grupos, usuários desse serviço, os quais se encontram interligados uns aos outros. Seu uso é proveniente de vários mecanismos que permitem o alcance da população mundial, sendo comprovada a forma na qual esse sistema de comunicação se desenvolve e a infraestrutura da qual é proveniente.

#### **4. MARCO CIVIL NA INTERNET**

O Marco Civil da Internet entrou em vigor em 23 de junho de 2014 (Lei nº 12.965/2014), e é uma lei resultante de um longo debate iniciado em 2009 que delimita e regulamenta acerca da privacidade e proteção de dados, mas também garante a disponibilização destes dados mediante a necessidade do judiciário. Seu texto está dividido em cinco capítulos.

Inicialmente estabelece os fundamentos, princípios e objetivos da Lei: os fundamentos, em seu artigo 2º consideram a realidade jurídica e a necessidade de regulação no uso da internet; os princípios, em seu artigo 3º, concebem a aplicação do direito em relação à matéria; e os objetivos, artigo 4º, marcam os desígnios que devem ser alcançados. No artigo 5º faz considerações para o efeito desta lei:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Em relação aos os Direitos e Garantias do usuário, o Marco Civil da Internet delimita regras de acesso a internet e determina direitos específicos que devem ser ressaltados, como manutenção da qualidade contratada da conexão, artigo 7º, inciso V, e a garantia da privacidade, pela inviolabilidade e pelo sigilo das comunicações, artigo 8º, caput13, tornando nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto.

No que diz respeito a Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet, aduz sobre proteção de registros, dados pessoas e comunicações privadas. O art. 19 traz o foco principal para a responsabilidade de indivíduos acerca de danos recorrentes de conteúdos gerados por terceiros e a solicitação do judiciário brasileiro desses registros:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Da Atuação Do Poder Público, o texto traz a torna acerca de diretrizes para a ação da União e dos entes federados por meio de mecanismos transparentes, colaborativos e democráticos, de forma que seja envolvido o governo, empresas, sociedade civil e a comunidade acadêmica. Esta parte também atribui à administração pública parâmetros para o melhor cumprimento dos objetivos do Marco Civil da Internet:

Art. 25. As aplicações de internet de entes do poder público devem buscar:

I - compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso;

II - acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais;

III - compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações;

IV - facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e

V - fortalecimento da participação social nas políticas públicas.

A matéria proposta nas Disposições Finais trata acerca dos direitos autorais, a defesa dos direitos relacionados ao uso da internet e o cuidado com o acesso aos conteúdos postados, em atenção ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.



Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no caput, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

O Marco Civil da Internet é a consequência jurídica da evolução e utilização dos meios de comunicação e da era digital. Por possuir um gigante e imensurável alcance no meio social, a internet necessita de normas que regulamentem seu uso indiscriminado.

#### **4.1 Estado Democrático de Direito, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos**

O Estado traz consigo a idéia de garantia aos direitos humanos e fundamentos, de forma a garantir uma sociedade igualitária, considerando que tal situação também esta atrelada ao comportamento humano.

Estado Democrático de Direito, para Habermas:

[...] do princípio da proteção dos direitos e dos direitos fundamentais da justiça resultam todos os demais princípios para a especificação de tarefas, do modo de trabalho e a garantia do status de uma justiça independente, a qual deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidas simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais. (HABERMAS, 2003, p. 216).

Ainda, ensina Sérgio Henrique Zandoná Freitas:

Assim, o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo à funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva ou administrativa ou governamental e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo (jurisdicional ou administrativo), ao administrado efetivado estará o direito ao devido processo

constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1.988. (FREITAS, 2014).

A Lei nº 12.965/2014 busca a neutralidade em benefício de uma democracia tecnológica, e baseia-se em direitos humanos e fundamentais, conclui-se que o seu texto legal se encontra em perfeita simetria e consonância com o tatus de Estado Democrático de Direito, ou seja, o legislados procurou levar esse instituto ao ciberespaço. (BRASIL, 2014)

Ainda, o Marco Civil da Internet busca uma fundamentação democrática desde o início de sua elaboração, visto que seu texto foi produzido com ajuda de usuários de diversas plataformas da internet, como por exemplo, o *twitter* e o e-Democracia da Câmara dos Deputados.

Veze que, apontado os direitos fundamentos e estando os mesmos ligados ao Marco Civil da Internet, qual a diferença desses com os direitos humanos, já que ambos se confundem?

A diferença entre os direitos humanos e direitos fundamentais, para Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos', guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 2006, p. 35)

Nesse sentido, direitos humanos para Valério de Oliveira Mazzuoli:

Os direitos humanos são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2010, p. 750).

Já no tocante aos direitos fundamentais, Mazzuolli explica:

Direitos fundamentais é expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Liga-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas. (MAZZUOLI, 2010, p. 750).

Pode-se afirmar que os direitos humanos também são fundamentais, porém estes estão sujeitos somente ao controle e matéria de um Estado, enquanto os direitos humanos ultrapassam as fronteiras do Estado.

Desta forma, podemos concluir que o Marco Civil da Internet tem como um de seus principais propósitos a garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais do cidadão.

## **5. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O direito a personalidade é um bem de ilimitado valor, pois dele também se originam outros bens jurídicos. Maria Helena Diniz preconiza que os Direitos da Personalidade são absolutos, intrasmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e extrapatrimoniais (DINIZ, 2005, p.122-123).

O art. 11 do Código Civil Brasileiro, acerca dos Direitos da Personalidade, determina que: com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações.

Sendo assim, a personalidade encontra-se nivelado as características próprias de um indivíduo, e a partir disso, surgem os bens jurídicos que são indispensáveis ao ser humano, como a honra, imagem, privacidade e liberdade.

De acordo com Rômolo Rosso, os direitos da personalidade compõem —direitos inerentes à condição humana e essenciais para a realização da personalidade humana, amplamente considerada, tanto no plano físico como no plano moral, ou seja, em todos os domínios do viver (ROSSO, 2004, p.12).

Destarte, a personalidade apresenta-se essencialmente necessária na composição do que conduz o ser humano em seus aspectos físicos e morais e que se atenta a sua honra, privacidade, imagem e integridade.

Ainda de acordo com Diniz:

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2005, p. 121).

Frisa-se que a personalidade destaca-se por ser o primeiro bem recebido pelo indivíduo no segundo ao seu nascimento, permitindo que ele cresça e adapte-se à sociedade de forma que todos os seus direitos sejam resguardados.

De acordo com Paiva neto (2000, p. 37), o direito de personalidade compreende todas as condições necessárias para a conservação e desenvolvimento da personalidade, e para o reconhecimento e respeito da dignidade moral e jurídica do homem.

Desta forma, a personalidade possui características que estruturam e compõem conceitos essenciais para a garantia do direito da personalidade. Esse, por sua vez é classificado como um direito absoluto e aplicável a todos que vierem a pleiteá-lo

#### 4.1 Da violação dos direitos da personalidade em razão do uso da internet

As redes sociais são fontes mundiais de informação instantânea, e da mesma forma que facilitam a propagação de informações benéficas, também são um campo para descumprimentos de direitos inerentes ao ser humano.

Com o avanço dos sistemas de informação e a facilidade de acesso a redes de comunicação, o número de casos de violação aos direitos de personalidade vem crescendo exponencialmente. Neste sentido, Bitar conceitua que:

[...] a ascensão à era da informação — alcançada graças ao extraordinário avanço das técnicas de comunicação — se, de um lado, vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, tem, de outro, imposto inúmeros sacrifícios aos interesses das pessoas, pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, através dos diferentes sistemas de registros de informação postos à disposição do mundo (BITTAR 2015, p. 82),

Este privilegio apresenta indícios de que o avanço tecnológico contribui diretamente na infração aos direitos personalíssimos, vez que, para muitos a internet é considerada terra em lei. De acordo com Paesani:

De fato, a expansão das novas técnicas de comunicação faz com que o homem sofra constantemente com a exposição de aspectos ligados à sua vida privada. Ocorre que além de ser ilícito divulgar certas manifestações, também pode caracterizar uma violação aos direitos de personalidade tomar conhecimento e revelá-las. (PAESANI, 2003, p. 37).

No que diz respeito à quebra desses direitos, a prática de tal ato criminoso gera consequências negativas e ilícitas, pois fere o direito à personalidade, privacidade, imagem e a honra de um indivíduo.

#### **4.2 Do direito à indenização pelo abuso da liberdade de expressão na internet**

O art. 17 do Código Civil Brasileiro preceitua que: "O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória", Destarte, o artigo 12 do mesmo código civil garante ainda a possibilidade de exigência de cessão da lesão a direito da personalidade, nos seguintes termos: "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

É de suma importância também destacar que indenizar significa ter que restituir uma situação jurídica determinada, onde um agente causa dano àquele que postula a indenização. Portanto, vez que os direitos da personalidade sejam violados, nasce também o dever/direito a indenização e reparação dos danos sofridos.

Os artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro determinam que a violação dos direitos da personalidade constituem ato ilícito passivo de indenização por danos materiais, morais e danos recorrentes. O artigo 953 do Código Civil dispõe, ainda, que "a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido".

Destarte, abusos cometidos do direito à liberdade de expressão violam o direito alheio da honra, imagem e privacidade. E nestes casos, caso seja comprovado danos decorrentes desta violação, serão devidos indenizações por parte do autor da conduta.

Desta forma, quando um ato ilícito for cometido utilizando-se de ferramentas da internet, diante de suas peculiaridades, os danos sofridos pela vítima são potencializados devido à fácil e rápida propagação do conteúdo na internet. Assim, ao quantificar a indenização, o Judiciário deverá levar em conta, a ferramenta e utilização do meio onde a propicia divulgação das ofensas ocorreu, de forma que o número de alcance atingido é incalculável.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo deste estudo se deu acerca dos limites da liberdade de expressão em tempos de internet, principalmente no que se refere as penalidades de crimes que ocorrem no âmbito virtual.

Como apresentado, as redes sociais além de ser um ambiente de troca de informações com grupos de discussão, também proporciona aos usuários uma participação democrática na discussão de assuntos. Entretanto, apesar de facilitar a comunicação, esse meio de comunicação é utilizado de forma incorreta por seus usuários, de forma que a liberdade de expressão do pensamento e o direito à privacidade são violados.

A livre expressão de pensamentos e envolvimento nas redes sociais cresce a cada dia e aparenta ser inversamente proporcional à intolerância dos usuários a opinião do outro, de forma que ofensas são contestadas com mais ofensas tornando a internet um campo de batalha que fere direitos fundamentais garantidos e expressos no texto constitucional.

A liberdade de expressão assegura e abre espaço aos direitos da personalidade em quaisquer eventualidades, pois o exercício dessa liberdade sem qualquer responsabilidade, com a finalidade de denegrir, ofender e difamar a imagem e a privacidade do outro é ação de julgamento e merece aplicação das penalidades previstas também na legislação brasileira

Ainda, a liberdade de expressão tem seu fundamento baseado na integração sistemática com a cidadania e democracia, com foco na inclusão do direito ao acesso à internet à todos com fundamento de que a cidadania inclusiva na internet é um dos principais meios para que a liberdade de expressão possa ocorrer.

Ocorre também que a liberdade de expressão apesar de estar garantida no texto constitucional, não garante imunidade ou não aplicação de penalidade em casos em que o direito do outro é ferido. Neste mesmo sentido, para evitar que atos de censura sejam estabelecidos, e que a livre expressão do pensamento não afete o direito a honra e preservação de imagem do outro, o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014 foi criado

para disciplinar o uso da internet no Brasil com a previsão de princípios, garantias e deveres de exerce e promove o uso da rede como mecanismo de expressão, bem como, a imposição de diretrizes onde o Estado pode atuar e estabelecer limites.

O Marco Civil da Internet traz a regulamentação e a consequência jurídica da evolução tecnológica e utilização dos meios de comunicação e da era digital, pois devido ao imensurável alcance no meio social, a internet necessita de normas que regulamentem seu uso indiscriminado.

## REFERENCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Norma 004/95 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)**. Aprovada pela Portaria n. 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. Saraiva rev. e atual. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo, 2015

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: Comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988). 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: 20 set. 2021.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. 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 01 de maio de 2022.

BRASIL. **Marco Civil na internet**. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**.ed Saraiva São Paulo:, 2014

CASTELLS, Manoel. **A galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Editora Zahar; 1ª edição (29 setembro 2003).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 22. ed. Saraiva rev. e atual. São Paulo: 2005.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológica-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 211f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GONZÁLEZ, Paloma Llana. **Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación**. Barcelona: Bosch, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. I.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de Metodologia Científica**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LÜDKE, M.; ANDRÉ, M. E. D. A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: Pedagógica e Universitária, 1986.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **A liberdade de expressão e a colisão entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROSSO, Rômolo. **Direitos humanos, dignidade humana e direito da personalidade. In: O código civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil**. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 133.



## **A PROBLEMÁTICA DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS A NÍVEL GLOBAL: REFLEXÕES ACERCA DO PARADIGMA DA SOBERANIA ESTATAL**

**LIZA CRISTINA BARRETO RODRIGUES:**  
Graduada em Direito pela Universidade  
Federal de Sergipe

**RESUMO:** A análise de diversos episódios de violação de direitos humanos ao redor do globo traz consigo uma série de reflexões acerca da problemática da efetividade dos direitos humanos, verificando-se desrespeitos sucessivos ao princípio da dignidade da pessoa humana. O presente trabalho buscará analisar a lógica estabelecida de proteção de indivíduos a nível nacional e internacional, abordando bases teóricas atinentes aos direitos humanos, em seus aspectos relativistas, absolutistas e propostas teóricas correlatas.

**Palavras-chave:** direitos humanos, dignidade da pessoa humana, proteção internacional, relativismo e absolutismo dos direitos humanos.

**ABSTRACT:** The analysis of several episodes of human rights violations around the globe gathers multiple reflections concerning the problems of the effectiveness of the human rights, verifying successive disrespects to the principle of human dignity. This work intends to analyze the established logic of the protection of individuals at national and international level, approaching theoretical basis related to human rights, in their relativist and absolutist aspects, as well as other theoretical propositions.

**Keywords:** human rights, personal dignity, international protection, relativism and absolutism of human rights.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo visa a analisar a problemática da efetividade dos direitos humanos, não só perante as instâncias internas de cada país, mas, igualmente, perante organismos internacionais de direitos humanos, considerando a recorrente ineficácia das medidas reparatórias propostas, em face de violações de direitos humanos.

Para tanto, será feita uma análise de bases teóricas que se debruçam sobre o tema, com destaque às teorias do relativismo e absolutismo dos direitos humanos, a fim de verificar as construções e pensamentos passíveis de agregar elementos à superação do referido entrave.

Na análise, serão considerados os paradigmas vigentes acerca da proteção de direitos humanos, bem como as balizas da soberania estatal, analisando se e como podem constituir óbice à reparação dos abusos sofridos pelos indivíduos lesados.

## **2.A PROBLEMÁTICA DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS A NÍVEL GLOBAL**

A verificação da inefetividade dos direitos humanos em escala nacional e internacional, considerando a existência de sucessivas violações do arcabouço básico de direitos dos indivíduos, impulsionou o surgimento de reflexões e questionamentos acerca de novas abordagens para reparação das transgressões sofridas, não raro sugerindo uma nova ótica acerca da soberania estatal rígida.

O surgimento de construtos teóricos tão únicos decorre, em última análise, da verificação da insuficiente blindagem dos direitos humanos, percebida a nível global, ainda que apresente variações e peculiaridades de acordo com o *locus* analisado e com outros elementos de igual valia.

Lafer (1994 apud LINDGREN ALVES, 1994, p. XXIII) assevera, referenciando Perelman (1970), que a asserção dos direitos humanos enquanto tema global permite que se institucionalize um verdadeiro “auditório universal”, perante o qual passa a ser objeto de discussão a legitimidade da atuação das Nações, em expressão de sua soberania, tanto no âmbito interno quanto externo.

O doutrinador elucida aspecto fulcral na compreensão da nova agenda de direitos humanos a nível mundial, e a que se deve o surgimento da máxima de salvaguarda destes em toda a vastidão do planeta. Aduz Lafer (1994 apud LINDGREN ALVES, 1994, p. XXV) que a referida acepção não é resultado de uma mera insuficiência em determinada tutela nacional que finda por repercutir transnacionalmente – ao que o autor exemplifica com a preservação ao meio-ambiente –, mas perpassa uma construção elaborativa do campo dos valores, reflexo de uma forma inaudita de vida em sociedade, a qual extrapola as compreensões tradicionais de soberania e os “interesses” que somente a ela concernem.

A tessitura de tal entendimento é também realizada por Cançado Trindade (2005, p. 418), o qual alerta que o sistema de proteção internacional de direitos humanos deve enredar-se, a fim de ter plena completude, aos valores que lhe são subjacentes. Tais valores são depreendidos da consciência humana, “fonte material última desse novo *corpus juris* de proteção. É, em última análise, a consciência jurídica universal que reconhece e dá expressão concreta aos direitos inerentes a todo ser humano, por conseguinte universais”.

Aliado a tal pensamento, sobeja a imperatividade de não se recair no relativismo cultural, na busca por se compatibilizar as diferentes manifestações culturais das Nações. Constitui-se o relativismo cultural, em rápidas linhas, numa perspectiva antropológica que

privilegia as manifestações culturais livres de cada povo, ao ponto de se anuir com quaisquer desdobramentos que sua expressão acarrete (nestes incluindo-se as violações a direitos humanos, por certo), sob o argumento de que sua singularidade deveria ser respeitada. O doutrinador reforça tal alerta:

Não se questiona que, para lograr a eficácia dos direitos humanos universais, há que tomar em conta a diversidade cultural, ou seja, o *substratum* cultural das normas jurídicas; mas isto não se identifica com o chamado relativismo cultural. Muito ao contrário, os chamados "relativistas" se esquecem de que as culturas não são herméticas, mas sim abertas aos valores universais, e tampouco se apercebem de que determinados tratados de proteção humana dos direitos da pessoa já tenham logrado aceitação universal. Tampouco explicam a aceitação universal de valores comuns superiores, de um núcleo de direitos inderrogáveis, assim como a consagração da proibição absoluta da tortura, dos desaparecimentos forçados de pessoas e das execuções sumárias, extra-legais ou arbitrárias. Ao contrário do que apregoam os "relativistas", a universalidade dos direitos humanos se constrói e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano. A universalidade dos direitos humanos, emanada da consciência jurídica universal, vem em nossos dias dar expressão concreta à unidade do gênero humano. (TRINDADE, *op. cit.*)

A falibilidade atribuída à corrente do relativismo cultural acarretou o surgimento de diversas construções doutrinárias, a fim de se buscar um paradigma de maior efetividade, consequência de menor separatividade, entre os indivíduos, suas manifestações culturais e os direitos que lhe são inerentes.

Joaquín Herrera Flores propõe o chamado *universalismo de confluência* ou de *chegada*, no qual desenvolve o entendimento de superação do *universalismo de partida*, este marcado por iniciativas impositivas de universalidade, desconsiderando as peculiaridades culturais fenomênicas e a assimetria entre os enunciadores, pautando-se, tão somente, em uma racionalidade da mão invisível, alegoria à força do mercado e aos ideais capitalistas (2002, p. 18).

Aduz o doutrinador que é necessário o desenvolvimento de uma *racionalidade de resistência*, na qual se admite a possibilidade de chegada a uma síntese universal da pluralidade de culturas e direitos, entretanto, somente após o embate dialógico entre as

diferentes manifestações culturais e suas contribuições, em um processo de entrecruzamento, não mera superposição. Após tal exercício, alcançar-se-ia o *universalismo de confluência* (FLORES, 2002, p. 21).

Para a estruturação de tal visão, enfatiza Flores a necessidade de que se situem os indivíduos na periferia, ou seja, que percebam o mundo existente fora de suas experiências pessoais, posto que a unicidade do centro – isto é, a visão hegemônica propagada – faz com que tudo que com ele não coincida seja relegado à marginalidade. A análise periférica é tida pelo autor como proveitosa, na medida em que permite aos seres humanos compreenderem a si mesmos enquanto representantes de um conjunto de relações enlaçadas umas nas outras, unindo, interna e externamente, a tudo. “A solidão do centro supõe a dominação e a violência. A pluralidade das periferias supõe o diálogo, a convivência” (FLORES, 2002, p. 15).

Forte semelhança encontra o *universalismo de confluência* ou de *chegada* com a proposição de Boaventura de Souza Santos (1997) de uma concepção multicultural de direitos humanos, consubstanciada na *hermenêutica diatópica*.

De maneira similar a Flores, Santos pontua que é insustentável a ideia de uma imposição moral universal, a qual decorreria da subjugação de culturas minoritárias às culturas hegemônicas, gerando o que o autor entende por *canibalização cultural*. A fim de se contrapor a tal tendência, o jurista defende uma inter-relação entre as culturas alicerçada no diálogo entre seus elementos, evitando-se a opressão dos valores majoritários (SANTOS, 1997, p. 23).

Analisando a obra de Santos, Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann tecem interessantes considerações (grifos constam no original):

A interculturalidade pode ser compreendida como o contato e intercâmbio entre culturas em condições de igualdade. Esse contato e intercâmbio não devem ser pensados apenas em termos étnicos, mas também a partir da relação, comunicação e aprendizagem permanente entre pessoas, grupos, conhecimentos, valores, tradições, lógicas e racionalidades distintas. Nessa linha, com o intuito de proporcionar um diálogo intercultural dos direitos humanos, Boaventura propõe o que denomina de *hermenêutica diatópica*, que, em breve síntese, consiste na compreensão mútua dos distintos universos de sentidos das culturas envolvidas no diálogo, para que se consiga alcançar uma universalidade dos direitos humanos construída por diversas concepções culturais. (PAIVA; HEEMAN, 2017, p. 121).

Importante construção, avançando nas diversas análises doutrinárias voltadas ao problema da inefetividade dos direitos humanos, é o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito processual internacional, ao que Cançado Trindade (2005, p. 461), ao analisar a cátedra de Spiropoulos (1928), afirma que a proteção eficaz dos direitos dos indivíduos só será verificada a partir da possibilidade de que ele próprio defenda seus direitos na esfera internacional, a par de seu Estado, e mais, até mesmo contra ele.

O autor é taxativo ao afirmar que o desenvolvimento de tal modelo coaduna-se ao “espírito da nova ordem internacional”, sobretudo ao se identificar a necessidade de limitação à autoridade do Estado, o qual não é um fim em si mesmo, e deve ter sua criação voltada ao atendimento das necessidades humanas.

Diante da esmiuçada insuficiência das medidas adotadas, não raro, pelos Estados ofensores, sobeja ainda mais fortemente necessária a possibilidade de acionamento das instâncias transnacionais pelas vítimas, posto que, restringindo-se sua reparação às iniciativas dos Estados-Nação em si considerados, seriam os agredidos relegados, como comumente se verifica, ao esquecimento e ao silêncio.

Aflora, a partir de tais compreensões, a verificação de que o ideário de centralização do indivíduo e a potencialização de seus clamores é reflexo de um crescente enfoque humanista na percepção do ser humano.

Carlos Ayres Britto apresenta o humanismo em sua dimensão conceitual, consistente “num conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira” (2012, p. 19). A visão do jurista alinha-se à percepção ora trazida de agigantamento da figura do ser humano, enquanto obreiro do alicerce em construção da transnacionalização de direitos, e mais, de sua reivindicação a nível global.

Assevera, precisamente, o doutrinador a pujança da figura do indivíduo e da imperiosa compatibilização da existência do Estado ao seu propósito e fim, qual seja, propalar os direitos dos indivíduos e atender às suas necessidades (grifos constam no original):

Toda essa perspectiva do humanismo até hoje conserva o seu originário caráter político-civil de prevalência *do reino sobre o rei*. Que outra coisa não significou senão a consubstanciação de três paulatinas e correlatas idéias-força: a) o Direito por excelência é o veiculado por uma Constituição Política, fruto da mais qualificada das vontades normativas, que é a vontade jurídica da nação; b) o Estado

e seu governo existem para servir à sociedade; c) a sociedade não pode ter outro fim que não seja a busca da felicidade individual dos seus membros e a permanência, equilíbrio e evolução dela própria. (BRITTO, 2012, p. 21)

Tece o jurista um contraponto importante à louvável teorização humanista que propõe, qual seja, o reduzido teor de concretude democrática que se verifica nas nações do globo, desde as capitais financeiras estadunidenses às capitais políticas europeias, daí advindo a conseqüente percepção de que o sistema jurídico dos Estados-Nação tem falhado em cumprir seu propósito primeiro de qualificar a vida dos seres humanos a eles vinculados (BRITTO, 2012, p. 46).

Tal noção coincide com a constatada ineficácia dos direitos humanos, sendo conseqüente da atuação limitada dos países em sua promoção efetiva, demandando, por conseguinte, uma “urgente mudança de mentalidade, para que, na senda do verbo que se faz carne, o olímpicamente objetivo se transmude em concretos fazeres subjetivos” (BRITTO, 2012, p. 54).

Pretende-se alcançar, com isso, a maximização da dignidade humana, em exercício de reversão do arcabouço estatal e jurídico à real observância de tal fundamento, na esteira do que aduz Britto:

O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte. A exhibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão de vida comum civilizada. (2012, p. 27)

Merece destaque, ainda, que a construção de tais ditames encontra-se afinada à noção da garantia constitucional à fraternidade, defendida com maestria pelo jurista Carlos Augusto Alcântara Machado, numa construção doutrinária voltada ao reconhecimento da dignidade a todos os seres humanos, pautando-se, sobretudo, em preceitos consubstanciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A relevância de tal diploma foi apontada pelo Papa João Paulo II, que, em discurso na Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1979, enalteceu

o documento que [...] se há de considerar como uma pedra miliária no caminho do progresso moral da humanidade: a Declaração

Universal dos Direitos do Homem. Governos e Estados do mundo perceberam que, se não querem agredir-se e destruir-se reciprocamente, têm de se unir. A via real, a via fundamental que leva a isso, passa através de cada um dos homens, através da definição, do reconhecimento e do respeito dos inalienáveis direitos das pessoas e das comunidades dos povos.

A lógica fraternal contribui com alguns de seus elementos à propositura do presente trabalho, mais especificamente, no que tange à busca pela superação da deficiência na salvaguarda dos direitos humanos dos indivíduos, com a desconstrução da figura do "outro". A partir de bases essencialmente cristãs, a princípio, tratadas de forma muito representativa pelo evangelista Lucas e expressas em parábola apresentada por Jesus Cristo, a lógica fraternal vem indicar que não há compartimentalização de quem seria "o próximo", ou o "outro", inaugurando-se, dessa forma, uma singular ética de responsabilidade em relação ao semelhante, consolidada na nova ética da fraternidade (MACHADO, 2014, p. 40-41).

Nessa linha, a garantia constitucional à fraternidade encara desafios quanto a seu enfrentamento jurídico, a fim de que alcance categoria juridicamente tangível, sem que se atenha a um ideal tão somente moral ou ético-religioso (MACHADO, 2014, p. 115).

A concretude prática de tais conceitos pode ser verificada na chamada Regra de Ouro<sup>125</sup>, comum às grandes religiões e base de um princípio geral de convivência, requerendo, por certo, um atento olhar por parte do Direito, posto que este alberga manifestações essencialmente relacionais (MACHADO, *op. cit.*).

As edificações teóricas ora apresentadas somam elementos fecundos à superação das deficiências reparatórias verificadas no cenário global, cujas bases aliam-se à proposta de transnacionalização do direito, resgatando-se, para tanto, a consciência universal e a união das Nações em prol do bem maior que acautelam: a dignidade dos seres humanos.

### **3. CONCLUSÕES**

A partir das disposições trazidas neste trabalho, buscou-se refletir acerca do paradigma atual de eficácia dos direitos humanos, sobretudo o patamar de proteção alcançado e sua correspondência ou não com a realidade em relação àqueles que têm direitos suprimidos.

---

<sup>125</sup> "Não fazer ao outro o que não gostaria que fosse feito a si mesmo".

Do que foi investigado nesta exposição, pôde-se perceber que a violação de direitos e garantias, não raro, enfrenta entraves sérios no que concerne às iniciativas reparatórias, bem como à responsabilização dos perpetradores das violações.

Nessa linha, surgem diversas iniciativas teórico-filosóficas que buscam repensar o paradigma posto, sobretudo ao se verificar que, em diversas situações, a inflexibilidade da soberania estatal constitui entrave à efetiva reparação.

Isso se verifica em relação aos casos submetidos às instâncias internacionais de direitos humanos, cujas determinações, por lhes faltar o caráter cogente e natureza verdadeiramente exequível, restam, muitas vezes, desatendidas.

Diante de tal realidade, suscita-se a teorização de autores como Herrera Flores e sua proposta de *universalismo de confluência* ou de *chegada*, bem como Boaventura de Souza Santos e os ditames de uma concepção multicultural de direitos humanos, consubstanciada na *hermenêutica diatópica*, como propostas frutíferas de diálogo intercultural, a fim de construir uma universalidade de direitos não imposta, mas construída.

Na linha do entendimento dos autores, seria essa importante ferramenta à elaboração de um mínimo humano a ser salvaguardado, resultante das diversas experiências culturais dos povos, o que viria a auxiliar a problemática da inefetividade, decorrente da ausência de parâmetro.

Ainda, soma-se ao ideário ora trazido a necessidade de repensar a inflexibilidade da soberania estatal, justamente pelo fato de suas balizas obstarem a atuação de uma comunidade global apta a buscar a reparação dos danos suportados pelos cidadãos de um país.

Nesse toar, com fulcro nas lições de Carlos Augusto Alcântara Machado, o fortalecimento de uma racionalidade fraternal seria instrumento de grande valia à construção de uma realidade efetivamente deferente à dignidade dos seres humanos, a fim de que estejam os Estados-Nação verdadeiramente alinhados na salvaguarda dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 1. ed.. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Revista da UFSC, v. 23, n. 44, 2002, p. 9-29.



IGREJA CATÓLICA. Papa (1978-2005: João Paulo II). Discurso na Assembleia Geral das Nações Unidas, Nova Iorque, em 02.10.1979. Viagem Apostólica do Santo Padre aos Estados Unidos da América (01 A 07.10.1979) – Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/speeches/1979/october/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_19791002\\_general-assembly-onu\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1979/october/documents/hf_jp-ii_spe_19791002_general-assembly-onu_po.html)>. Acesso em 15. Maio. 2022.

LAFER, Celso. Prefácio. In: LINDGREN ALVES, J.A. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. XXI-XXXVII.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, jun. 1997, p. 11-32.

SPIROPOULOS, J. *L'individu en Droit international*. Paris, LGDJ, 1928, p. 50-51.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI*. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, p. 407-490, 2005.

## **DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MUNDO DIGITAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APÓS O POSICIONAMENTO DO STF NO RE 1010606/RJ (REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 786)**

**MARIANA OLIVEIRA SANTOS:**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogada.

**RESUMO:** O direito ao esquecimento consiste na pretensão de que não seja resgatado um fato pretérito, ainda que verídico, a respeito de um indivíduo, pois tal recordação ocasionaria violação a seus direitos fundamentais. Durante muito tempo, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou esse direito através de posicionamentos jurisprudenciais, apesar de não haver previsão normativa específica a respeito. Ocorre que o STF, em sede de repercussão geral, modificou entendimento e passou a considerar o direito ao esquecimento incompatível com a Constituição Federal. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar como fica a tutela de determinados direitos, sobretudo no mundo digital, após esse posicionamento do STF.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento; Internet.

**ABSTRACT:** The right to be forgotten is the claim to protect old facts about a person, even if these facts are true, avoiding the remembrance by the social media, because this remembrance would violate fundamental rights. For a long time, Brazilian's legal system accepted this right through jurisprudential positions, although there is no specific law about the subject. However, STF, in terms of general repercussion, changed its understanding and started to consider the right to be forgotten incompatible with the Federal Constitution. Therefore, the present article aims to analyze how to protect the fundamental rights, especially on the Internet, after this position of STF.

**KEYWORDS:** Right to be forgotten; Internet.

### **1.Introdução**

O direito ao esquecimento consiste na pretensão da pessoa de não ver resgatado um fato pretérito a seu respeito, ainda que verídico, pois tal recordação ocasionaria violação a seus direitos fundamentais. Também chamado "direito de ser deixado só", o direito ao esquecimento tem por intuito evitar que haja uma publicização pelos veículos de comunicação social de fatos antigos sobre alguém, pois o transcurso do tempo poderia fazer com que essa recordação violasse interesses fundamentais.

Com a Internet e a tendência de que as informações se perpetuem na rede, o debate sobre o direito ao esquecimento como um mecanismo de proteção dos interesses dos usuários se tornou mais frequente.

Quanto à relação entre memória e internet, Viktor Mayer-Schönberger (2009, p. 2, tradução nossa) leciona:

Desde o início dos tempos, para nós humanos, esquecer tem sido a regra e lembrar a exceção. Devido à tecnologia digital e à rede global, no entanto, esse panorama mudou. Hoje, com a ajuda da tecnologia difundida, esquecer se tornou a exceção e lembrar, a regra.<sup>126</sup>

Apesar de, a priori, o ordenamento jurídico brasileiro admitir, ainda que jurisprudencialmente, a doutrina do direito ao esquecimento, o STF, em sede de Repercussão Geral, passou a entender que esse direito é incompatível com a Constituição Federal.

Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar como fica a tutela de direitos fundamentais atrelados ao direito ao esquecimento após essa decisão do STF.

## **2. Breve panorama sobre o direito ao esquecimento no mundo digital**

Com origem histórica no campo penal, o direito ao esquecimento era visto como um importante mecanismo para ressocialização do condenado, evitando-se que este pudesse sofrer represálias por toda a vida em razão de uma pena já cumprida. O desenvolvimento dos meios midiáticos fez o fenômeno transpassar os limites do âmbito criminal, e o direito ao esquecimento começou a ser utilizado como meio impeditivo para que jornais e revistas resgatassem, aleatoriamente, fatos antigos da vida de alguém que não mais guardasse relação com o contexto atual.

Nesse sentido, cumpre pontuar que, de acordo com Anderson Schreiber:

“(...) o direito ao esquecimento é, portanto, um direito (a) exercido necessariamente por uma pessoa humana; (b) em face de agentes públicos ou privados que tenham a aptidão fática de promover representações daquela pessoa sobre a esfera pública (opinião

---

<sup>126</sup> Since the beginning of time, for us humans, forgetting had been the norm and remembering the exception. Because of digital technology and global networks, however, this balance has shifted. Today with the help of widespread technology, forgetting had become the exception, and remembering the default.

social); incluindo veículos de imprensa, emissoras de TV, fornecedores de serviços de busca na internet etc.; (c) em oposição a uma recordação opressiva dos fatos, assim entendida a recordação que se caracteriza, a um só tempo, por ser desatual e recair sobre aspecto sensível da personalidade, comprometendo a plena realização da identidade daquela pessoa humana, ao apresentá-la sob falsas luzes à sociedade.” (Anderson SCHREIBER. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G; FRAZÃO, A; OLIVA, M.D. Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 376).

É possível visualizar, no Brasil, a aplicação da doutrina do Direito ao Esquecimento em dois casos emblemáticos sobre os quais se debruçou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

O primeiro foi o caso Aída Curi, em que a família de uma vítima de crime ocorrido no Rio de Janeiro em 1958 propôs demanda indenizatória em face da TV Globo por conta de programa veiculado pela emissora, no qual os detalhes da tragédia foram lembrados (BRASIL, 2013b). No segundo, referente à Chacina da Candelária, um dos suspeitos do crime que havia sido posteriormente absolvido promoveu ação de reparação de danos, também em face da TV Globo, em razão da lembrança do episódio no mesmo programa televisivo (BRASIL, 2013a). (EHRHADT; NUNES; PORTO, 2017, p. 64)

Esse direito, de acordo com a doutrina pátria, encontra fundamento constitucional e legal, uma vez que decorre do direito à privacidade, à intimidade e à honra. Além disso, encontra lastro também na própria dignidade da pessoa humana. Cumpre pontuar que a problemática que envolve o direito ao esquecimento abarca um aparente conflito entre a liberdade de expressão e de informação e os direitos da personalidade do indivíduo.

Frise-se que, “conquanto o Direito ao Esquecimento possa revelar-se por inúmeras faces diferentes, é efetivamente no ambiente da internet que se concentra a principal problemática acerca do tema, de modo a dar margem a discussões com notável vigor em todo o mundo” (MALDONADO, 2018, p. 14).

Nesse diapasão, o direito ao esquecimento é, segundo Chehab (2015), “a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais”.

Arelado a isso, Sérgio Branco (op. cit, p. 2408) aduz que:

O fato de o direito ao esquecimento não constar da lista de direitos de personalidade previstos no Código Civil não é um obstáculo à sua existência. Afinal, a melhor doutrina entende que os direitos de personalidade são protegidos de maneira mais ampla e completa pela cláusula geral de guarda da dignidade da pessoa humana, de modo que toda a emanção da personalidade deve ser resguardada, independentemente de expressa previsão legal.

Com efeito, o enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil dispõe que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” A aprovação do enunciado teve como justificativa o fato de os danos provocados pelas tecnologias da informação se acumularem nos dias de hoje. Embora o fundamento do enunciado tenha lastro no direito à ressocialização de um ex-detento, hodiernamente, o direito ao esquecimento não se restringe ao âmbito do direito penal, apesar de neste ter fincado as suas bases iniciais.

Sergio Branco (*ibidem*, p. 2672) leciona que o termo “direito ao esquecimento” não é o mais adequado por dois motivos. O primeiro deles é que há um constante questionamento se se trata de um direito autônomo ou de uma simples faceta do direito à privacidade. O segundo motivo consiste no fato de que não há como, efetivamente, esquecer algo no ambiente virtual e, por isso, o pleito nesses casos consiste tão somente em impedir que determinada informação pessoal fique acessível ao público.

No que concerne ao primeiro motivo, entende-se que, como a proteção de dados pessoais é manifestação do direito à privacidade, o direito ao esquecimento, especialmente no âmbito virtual, também seria apenas uma exteriorização específica do direito à privacidade. Por isso, assevera-se que o direito ao esquecimento não possui autonomia. Sucede que, apesar de o direito ao esquecimento possuir íntima ligação com o direito à privacidade, não se restringe a este.

Isto é, para que haja a possibilidade de garantir um direito ao esquecimento, é preciso que o direito à privacidade encontre lastro no caso concreto, mas isso não significa que os dois direitos se confundem. O direito ao esquecimento, na verdade, é instrumento utilizado para proteção do direito à privacidade, mas não só, uma vez que também protege o direito à imagem, à honra, à integridade psíquica. Portanto, apesar de se tratar de um direito da personalidade que depende dos demais em alguns aspectos, a ausência de total independência não se confunde com a ausência de autonomia.

Ressalte-se, porém, que há doutrinadores, como Daniel Sarmento, que entendem que não há nenhuma norma jurídica consagrando o direito ao esquecimento e este tampouco poderia ser extraído do texto constitucional por meio de interpretação. Os seguidores desse entendimento justificam, por exemplo, que, quando há interesse público, não se pode garantir um esquecimento sobre os fatos, pois isso prejudicaria de forma direta o acesso à informação. Sucede que o próprio Daniel Sarmento salienta que o direito ao esquecimento encontra espaço nos casos referentes a dados pessoais que não guardam interesse público. Para o autor (2015, pp. 44-45):

Uma foto de um adolescente embriagado, postada numa rede social pelo próprio ou por terceiros, por exemplo, pode se tornar a razão para que ele seja descartado numa entrevista de emprego realizada quando já adulto. Neste cenário, é importante construir instrumentos jurídicos que permitam às pessoas o exercício de algum controle sobre os seus dados pessoais que não ostentem interesse público. Embora a designação não pareça a mais apropriada, o “direito ao esquecimento” encontra aqui um campo legítimo para desenvolvimento, do ponto de vista dos valores jurídicos e morais envolvidos. Os maiores desafios a serem enfrentados nesta área são de natureza técnica, haja vista as conhecidas dificuldades de exercício de controle sobre o ambiente virtual, derivadas de fatores como a pulverização dos agentes, a velocidade das mudanças tecnológicas e a natureza transnacional do ciberespaço.

Para Sérgio Branco (op. cit, p. 3685-3686), “o direito ao esquecimento não pode servir para inibir a liberdade de expressão, mas para ser conjugado com esta.”

O segundo ponto controverso trazido por Sérgio Branco no que toca à consagração do direito ora discutido diz respeito à impossibilidade de se impor o esquecimento. Não obstante o direito ao esquecimento não se restringir à desindexação ou ao apagamento de dados pessoais, não há como negar que, no ambiente virtual, é dessa forma que o fenômeno se manifesta de forma mais nítida hodiernamente. Entretanto, embora o Marco Civil da Internet assegure, no art. 7º, X, ao usuário da rede a “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes” (BRASIL, 2014), o que se visualiza na realidade é uma extrema dificuldade em concretizar isso.

Isso ocorre porque a tendência é que a informação se eternize no ambiente virtual. Ainda que excluída de um site, em outro ela ainda poderá estar disponível. No entanto, apesar de realmente não ser possível forçar o esquecimento, já que este é um ato natural

do ser humano, o que ultrapassa questões meramente jurídicas, insta salientar que, por meio de apagamento de informações não mais relevantes, impede-se que estas venham a ser lembradas fora do contexto necessário. Atrelado a isso, Anderson Schreiber (2018, pp. 69-70) assevera que:

A expressão direito ao esquecimento talvez não seja a mais exata. Embora consagrada pelo uso doutrinário e jurisprudencial, tal expressão acaba por induzir em erro o jurista, sugerindo que haveria um direito de fazer esquecer, um direito de apagar os dados do passado ou suprimir referências a acontecimentos pretéritos. Não é disso, todavia, que se trata. O direito ao esquecimento consiste simplesmente no direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes (*sotto falsa luce*), de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual.

Nesse sentido, para que seja possível garantir o dito “direito ao esquecimento”, de acordo com a doutrina de Sérgio Branco, mister se faz analisar a presença ou não de alguns elementos, quais sejam: a manifestação do direito à privacidade, o interesse público, o decurso temporal, a veracidade da informação, o potencial dano e a tutela da liberdade de expressão.

No que se refere à manifestação do direito à privacidade, conforme já relatado, é preciso que a privacidade do indivíduo encontre guarida no caso concreto para que se possa garantir o direito ao esquecimento.

Quanto ao interesse público, entende-se que, caso uma informação detenha relevância para a sociedade, não é possível que, sob a justificativa de um direito ao esquecimento, ela simplesmente seja apagada, já que isso violaria o direito de acesso à informação.

“A simples dificuldade de conceituação do que seja, na prática, ‘interesse público’ não pode ser obstáculo para se aceitar o critério ou, ainda, para se repelir a possibilidade de existência do direito ao esquecimento em razão da vagueza de um de seus requisitos.” (BRANCO, op. cit, p. 3244-3245).

Nesse panorama, Viviane Nóbrega Maldonado (2017) defende que:

não fosse já árdua missão a qualificação de uma determinada informação como de interesse público, ou não, a doutrina do Direito ao Esquecimento traz ainda outro elemento complicador, na medida em que induz caráter disruptivo quanto ao que seja interesse público em razão de mero transcurso temporal

Ainda segundo Sérgio Branco (ibidem, pp. 3270-3271), “a veracidade da informação deve estar presente para se invocar o direito ao esquecimento”, visto que, sendo falso o conteúdo divulgado, aquele que teve seus interesses lesados deverá valer-se de outros meios de defesa, como, por exemplo, o direito de resposta.

Outro critério proposto por Sérgio Branco diz respeito ao fato de que o direito ao esquecimento só poderá ser invocado caso a manutenção da informação na *web* possa gerar danos a terceiros. Isto é, “o direito ao esquecimento não pode ser requerido por mero capricho, mas sim porque a conservação daquela informação acarreta um risco de dano a seu titular.” (ibidem, pp. 3280-3281).

Nesse sentido, Viviane Nóbrega Maldonado (op. cit, pág. 274) preconiza:

Anote-se, ademais, que há infinitas possibilidades que ensejam a invocação do direito ao esquecimento, entre as quais, em linhas gerais, podem ser elencadas a título exemplificativo, as relativas a arrependimento, cumprimento de sentença civil ou criminal, absolvição, mera desconexão temporal ou até **mesmo inexistência de culpa ou consentimento para a existência da informação**. A título de exemplo desta última hipótese, menciona-se o caso de James William Sidis, criança-prodígio americana que se notabilizou em tenra idade, e que teve sua vida exposta pela imprensa muitos anos depois, quando já houvera caído no anonimato. Verifique-se que, neste caso, a vítima não deu causa à informação, na medida em que se tornou famosa sem consentimento válido, já que tal ocorreu na fase da infância. Grifo nosso

Por isso, a possibilidade de apagamento dessas informações revela-se como uma importante alternativa ao problema do exagero de exposição da vida online.

### 3. Novo posicionamento do STF acerca do direito ao esquecimento

Apesar de a doutrina se posicionar, majoritariamente, de forma favorável à existência de um direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em julgado de 2021, em sede de Repercussão Geral, adotou entendimento contrário:



É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. STF. Plenário. RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786) (Info 1005).

Assim, o STF adotou a corrente que considera que a consagração do direito ao esquecimento resultaria num atentado à liberdade de expressão e de imprensa, visto que fazer desaparecer as informações acerca de alguém, sejam elas registros infracionais ou não, implicaria perda da própria história.

Ou seja, por força do interesse público, o direito ao esquecimento representaria um atentado à memória social. O STF considerou que o simples decurso de tempo não faz com que uma informação anteriormente lícita venha a se tornar ilícita e enseje reparação. Ademais, quando diante de fatos de interesse coletivo, ocorreria uma mitigação de direitos da personalidade do indivíduo atinentes à privacidade e intimidade.

Nesse sentido, diante do pronunciamento do STF, fica ainda mais evidente que o principal ponto de conflito quanto à aceitação do direito ao esquecimento reside na tentativa de conciliar esse direito com a liberdade de expressão e de imprensa e com o direito à informação.

Cumprido destacar que, para o STF, o direito ao esquecimento seria a pretensão do indivíduo de impedir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros e obtidos lícitamente, mas que, por força do decurso do tempo, estariam fora de contexto e sem relevância pública. Nesse ponto, cabe salientar que o Min. Relator Dias Toffoli defendeu que:

“Como se observa, muitos dos precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento, na verdade, passaram ao largo do direito autônomo ao arrefecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje

bastante consolidados em suas razões de decidir, como a ressocialização, a proteção ao nome e à imagem do indivíduo.

Desse modo, não obstante os esforços para se identificarem precedentes remotos do que viria a ser o direito ao esquecimento, o que se pode observar, em âmbito judicial, é a utilização discreta de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, aplicada de forma muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade.

Essa compreensão é relevante porque, não raro, buscam os doutrinadores estabelecer um conceito para o direito ao esquecimento embasando-se em tais precedentes, que, como visto, são significativamente distintos na lida com pretensões voltadas ao ocultamento de dados ou fatos dentro de contextos específicos. Não por outra razão, há significativa multiplicidade de definições propostas para a expressão direito ao esquecimento."

#### **4. Como compatibilizar o entendimento do STF com a proteção dos direitos dos indivíduos?**

Assim, verifica-se que o STF adotou, no julgamento, um conceito mais estrito e específico do direito ao esquecimento, que não é o mesmo adotado pela maioria da doutrina. Nesse ponto, cumpre trazer à baila o entendimento de Rafael Mansur (2021):

A concepção acolhida na tese fixada pelo STF afasta-se substancialmente dos conceitos sugeridos pelos melhores trabalhos sobre o tema. Revela-se mais precisa, nessa linha, a proposta de definição do direito ao esquecimento como o *"direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes, de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual"*. Essa definição evidencia aspecto nuclear do direito esquecimento, ignorado pelo Supremo Tribunal Federal, que justifica o merecimento de tutela deste "novo" direito em nossa ordem jurídica: o reflexo da recordação do fato pretérito sobre a dignidade da vítima, atingindo direitos fundamentais como a privacidade, a integridade psíquica ou a identidade pessoal.

Ou seja, não seria toda e qualquer recordação pretérita acerca do indivíduo que poderia ensejar reparação com fundamento no direito ao esquecimento, mas tão somente o resgate que resultasse em violação dos seus direitos fundamentais.

Assim, o direito ao esquecimento seria um mecanismo para proteger a pessoa humana diante de tal prática, sendo que, de acordo com Rafael Mansur (2021), essa proteção pode se manifestar por meio de “diversos remédios, como a desindexação de resultados de pesquisa, a redução parcial do conteúdo, sua complementação com dados atuais, a mera reparação pecuniária do dano moral sofrido (pretensão que constituía o objeto do processo em julgamento no Supremo) e mesmo, (apenas) quando necessário, a efetiva interdição da divulgação dos fatos ou informações”.

Verifica-se que o próprio STF, durante o julgamento, após reconhecer a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal, ressaltou que seria possível numa análise casuística o sopesamento de interesses, de modo a privilegiar, por exemplo, a proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral em detrimento da liberdade de expressão e informação.

Nesse sentido,

Ao assim proceder, o Supremo nada mais fez que endossar aquilo que já era defendido pela doutrina favorável ao direito ao esquecimento, que jamais postulou uma exclusão automática de notícias ou um direito absoluto ao apagamento de informações a partir de meros caprichos individuais, enfatizando, sempre, a necessidade de uma criteriosa ponderação entre os direitos colidentes, examinando-se os elementos do caso concreto a partir de parâmetros que indiquem a prevalência pontual de um dos princípios contrastantes. A tese consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, longe de expurgar o direito ao esquecimento de nosso ordenamento, acaba por referendar (ainda que por linhas tortas) a compreensão prevalente no âmbito da doutrina civilista, favorável ao direito ao esquecimento e à sua aplicação via sopesamento de interesses (MANSUR, 2021).

Assim, apesar de considerar o direito ao esquecimento incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, o STF não afastou pura e simplesmente a proteção dos direitos fundamentais que possam estar em conflito. O STF, no entanto, não reconheceu

de forma abstrata a possibilidade de invocação desse direito, mas tão somente de forma casuística seria possível realizar uma ponderação de valores.

Nesse ponto, cabe pontuar que:

o reconhecimento do direito ao esquecimento parece, sim, gozar de utilidade e conveniência no processo hermenêutico, densificando a aplicação de princípios de maior abstração à luz de uma específica modalidade de violação, de modo a permitir a formulação de parâmetros de ponderação voltados para este particular contexto de colisão normativa. Contribui, assim, para soluções mais técnicas que aquelas que seriam alcançadas caso a aplicação do método da ponderação se reportasse imediatamente aos princípios mais abstratos, como os direitos à identidade e à privacidade, por exemplo. Trata-se de expediente cuja utilidade é há muito conhecida, valendo destacar o emblemático exemplo do chamado princípio da vedação ao comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), que, embora nada mais seja do que uma aplicação específica do princípio da boa-fé objetiva, contribui decisivamente para a solução de casos concretos ao suscitar a verificação de requisitos específicos (MANSUR, 2021).

Por isso, apesar de não consagrar mais de forma abstrata a tutela de um direito ao esquecimento, é possível invocar os fundamentos que baliza(va)m a existência desse direito numa demanda em que haja conflito entre direitos fundamentais, sobretudo no tocante ao âmbito digital, em que os indivíduos se encontram numa situação de vulnerabilidade ainda maior, tendo em vista a rápida disseminação das informações.

## 5. Conclusão

Diante do exposto, pode-se concluir que o direito ao esquecimento deve ser compreendido como uma norma-princípio e não como uma norma-regra. Assim, o STF, em seu julgamento, pareceu adotar a ideia de que o direito em questão seria norma-regra, aplicado à base do “tudo ou nada”. Por isso, de forma abstrata, entendeu o Supremo que não seria possível consagrar o direito ao esquecimento.

Contudo, o direito ao esquecimento não é avaliado de modo abstrato, mas sim concretamente, de forma casuística. Nesse sentido, ainda que o posicionamento do STF tenha sido no sentido de compreender tal direito como incompatível com a Constituição, ainda assim, é possível a tutela de direitos fundamentais caso a caso, através de um juízo de ponderação.

## 6. Referências

- ACIOLI, Bruno de Lima. **O Direito ao Esquecimento e o Livre Fluxo de Informações na Internet: reconhecimento, aplicação e efetividade deste direito no Brasil**. 2018 157f. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (tradução - Virgílio Afonso da Silva). Coleção Teoria & Direito Público, 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.
- BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet** (Série: Pautas em Direito). Porto Alegre:Arquipélago Editoria, 2017. Edição do Kindle.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 122/2022. Brasília, 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 20/06/2022
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Brasília, jan. 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 19/06/2022
- BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Rio de Janeiro, civilistica.com a. 2. n. 3. 2013
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Direito ao esquecimento. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:  
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/75fc093c0ee742f6dddaa13fff98f104>>. Acesso em: 21/06/2022
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 563-596.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. **Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro**. RIL Brasília a. 54 n. 213 jan./mar. 2017 p. 63-80

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, volume 1**. 13ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Efraim Leite de; SILVA, André Ricardo Fonsêca da. **Direito ao esquecimento na internet: consequências da memória virtual**. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016, p. 324-346

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento - discussão europeia e sua repercussão no Brasil**. R. Inf, Legisl. Brasília, a. 50 n. 199 jul./set. 2013

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. Barueri, SP: Novo Século Editora, 2017.

MANSUR, Rafael. **Decisão do STF não é 'pá de cal' no direito ao esquecimento**. Revista Consultor Jurídico, 24 de fevereiro de 2021, 17h31. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento> Acesso em: 21/06/2022

MARQUEZAN, Bibiana Lara Simões. **O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. In: 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 2017, Santa Maria. Anais... Santa Maria: UFMS, 2017, p. 1-15

MAYER-SCHÖNBERGER, VIKTOR. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. New Jersey:Princeton, 2009.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à Autodeterminação Informativa: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil**. XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2014. VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil. Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 65, p. 21-32, jul/set 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso do direito**. In Revista Trimestral de Direito Civil, 2003, v. 13, p. 106

NAGAO, Cassia Esposito. **Direito ao Esquecimento na Internet: os limites do direito à informação e do direito à privacidade**. 2015. 61f. Monografia - UNICEUB, Brasília, 2015

OLIVEIRA JR. José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira — Parecer**, 2015. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> > Acesso em 18/06/2022

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito ao esquecimento**. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito Civil. Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 69-70.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil** – volume único. São Paulo: Editora MÉTODO, 2018.

## **O PACOTE ANTICRIME E SUA ALTERAÇÃO NO CRIME DE ESTELIONATO: A *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* QUE PODE NÃO RETROAGIR**

**LUCAS TONIZIOLI:** Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC)

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

**RESUMO:** O artigo aqui exposto tem por escopo inicial analisar a alteração dada pela Lei 13.964/2019, que trouxe consigo um novo viés acerca da *novatio legis in mellius* nos casos da Lei Penal híbrida, aplicada em casos de retroação legal para beneficiar o réu, bem como, entender quais efeitos podem gerar este novo pensamento no âmbito jurídico. Espera-se elucidar e definir pontos conceituais para poder tecer uma discussão veraz e apresentar os entendimentos que atualmente norteiam os tribunais. Intenciona-se, também, apresentar os conceitos basilares sobre lei penal no tempo, sem muitas minúcias, bem como o proceder do dispositivo penal misto antes da alteração. O método empregado ao trabalho foi o dedutivo, sendo utilizados, como base da pesquisa, artigos acadêmicos e doutrinas específicas. Inicialmente foram relacionados todos os artigos correlatos com o tema em questão, depois foi feito uma análise sobre o entendimento doutrinário e alguns dispositivos que dizem respeito à lei penal híbrida no tempo. Entende-se que o tema brevemente estudado é de suma importância para o entendimento da nova corrente, como ela poderá impactar neste julgamento e nas ocasiões futuras, e como este viés judiciário pode influenciar o campo dos princípios e o âmbito penal como um todo.

**Palavras-chave:** Direto Processual Penal. Retroatividade Penal. Pacote Anticrime. Lei Processual Híbrida.

**ABSTRACT:** The initial scope of this article is to analyze the change given by Law 13.964/2019, which brought a new bias about the *novatio legis in mellius* in cases of hybrid Criminal Law, applied in cases of legal retroaction to benefit the defendant, as well as understand what effects can generate this new thinking in the legal field. It is hoped to elucidate and define conceptual points in order to be able to weave a truthful discussion and present the understandings that currently guide the courts. The intention is also to present the basic concepts of criminal law over time, without too much detail, as well as the procedure of the mixed criminal provision before the change. The method used in the work was deductive, and academic articles and specific doctrines were used as a basis for the research. Initially, all articles related to the theme in question were listed, and then an analysis was made of the doctrinal understanding and some provisions that concern hybrid criminal law in time. It is understood that the theme briefly studied is of utmost importance



for the understanding of the new current, how it may impact this trial and future occasions, and how this judicial bias may influence the field of principles and the criminal scope as a whole.

**Keywords:** Criminal Procedural Law. Criminal Retroactivity. Anticrime Package. Hybrid Procedural Law.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Da Possibilidade de Retroatividade da Lei Penal. 3 Da Retroatividade da Lei Híbrida nos Casos de *Novatio Legis in Mellius* Antes do Pacote Anticrime. 3.1 Do Procedimento Estabelecido pela Doutrina em Casos Análogos. 3.2 Do Pacote Anticrime. 4 Da Nova Tese e dos Efeitos que Envolvem a Discussão. 4.1 Sobre o Conflito de Princípios Constitucionais e seus Efeitos. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa, de maneira pontual, a alteração contida na Lei 13.964, apelidada como “pacote anticrime”, que foi promulgada em dezembro de 2019. Dentre o seu extenso texto, há uma significativa alteração no que diz respeito ao crime de estelionato, previsto no art. 171, do Código Penal.

A alteração, que neste texto será trabalhada, foi responsável por trazer a tona um assunto que outrora já fora pacificado e que, até o momento, passa por alterações nos âmbitos jurisprudenciais e doutrinários.

O pacote anticrime alterou de maneira substancial o parágrafo 5º do tipo penal definido como estelionato, que passou a vigorar com um texto “híbrido” ou “misto”, contendo aspectos de direitos materiais e processuais, reascendendo a discussão sobre a possibilidade de retroatividade em benefício do réu por se tratar de uma *novatio legis in mellius*.

Neste ponto, deve-se consolidar que as normas definidas como “mistas” esbarram em dois diferentes artigos. Trata-se do 2º artigo do Código Penal, bem como do artigo 2º do código de processo penal. Este conflito já estava pacificado pela doutrina de modo que, nestas ocasiões, todas as normas que contivessem este caráter híbrido, iriam retroagir por inteiro, uma vez que não seria possível desmembrar a parte material da processual, e esta última teria um maior embasamento justamente por estar pautada no inciso XL de nossa Carta Magna. Assim, atrairia consigo os efeitos processuais do texto, desde que beneficiasse o réu (*novatio legis in mellius*).

Todavia, este entendimento foi questionado, debatido, e em algumas das ocasiões, foi vencido nos tribunais, tomando sempre como base não só o caso concreto, mas também se utilizando de novos princípios e fundamentos jurídicos, os quais serão trabalhados mais a frente, e que deram embasamento à decisão que envolve o novo dispositivo.

A exposição deste tema é oportuna, uma vez que, apresentados os pensamentos e definido qual deles norteará as decisões nos tribunais, tem-se uma série de novos efeitos e definições no meio jurídico, podendo até mesmo, por exemplo, influenciar as câmaras legislativas na propositura de novos dispositivos legais.

Entendido o tema e as mazelas iniciais, passa-se a discorrer sobre o assunto e suas minúcias.

## **2 DA POSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DA LEI PENAL.**

Como meio de tecer uma linha de pensamento sólida, é necessário estabelecer preceitos básicos e fundamentais sobre a lei penal no tempo que, conforme será observado, não sofreram quaisquer alterações no que diz respeito ao seu entendimento basilar.

Tem se assim que, as leis penais que possuem conteúdo material, não irão retroagir a não ser que a nova lei beneficie o réu, deste modo então ela poderá retroceder e alcançar a data do fato, conforme versa o artigo 2º, do Código Penal.

Em um panorama básico, pode-se afirmar que o agente responderia pelo seu delito conforme a descrição da lei vigente a época do fato, e se, por um acaso, quando ele for julgado, houver uma nova legislação sobre o mesmo tipo penal, que seja mais benéfica que a primeira, então a nova lei terá que alcançar o fato, e será utilizada como parâmetro para fixar a pena.

Aqui a assimilação é simples, uma vez que esse fenômeno não é admitido de maneira diversa, como é observado nas palavras do doutrinador alemão Winfried Hassemer, em sua obra Introdução aos fundamentos do Direito Penal, que versa:

O princípio executa as medidas da proibição da retroatividade e ordena a aplicação da lei vigente à época da decisão, a qual apoia-se na reflexão sensata, à primeira vista, de que as medidas não são uma resposta para o passado (retribuição do injusto perpetrado), mas de uma segurança para o futuro (defesa de perigos futuros).  
(p.341, 2005)

De maneira diferente, destaca-se em nosso código de processo penal (também em seu artigo 2º) a regra sobre a irretroatividade da Lei Processual Penal, que não irá, em hipótese alguma, retroagir. Assim, a regra a ser utilizada nos processos será estipulada pelas normas vigentes a época dos atos processuais, não sendo levado em conta se tal alteração é ou não benéfica ao acusado.

É claro que se deve fazer a ressalva de que nem todas as normas que alterem ou modifiquem um ato do processo poderão entrar nesta regra, tendo em vista que, se a alteração afetar diretamente o *jus puniendi* do Estado, então esta norma se enquadrará como um dispositivo material, e seguirá a regra prevista no código penal.

Para deixar mais claro, as normas que versarem sobre: causas de extinção da punibilidade, aumento ou diminuição das penas, que estabelecem qualificadoras, agravantes ou atenuantes, ou até mesmo proíbem a concessão de anistia, graça ou indulto, ou até mesmo as que aumentam o prazo prescricional de determinado crime, são consideradas normas materiais.

Entendido como são antagônicos os tratamentos da lei penal e a lei processual penal, dos cadernos penais frente ao princípio da irretroatividade, surge o seguinte questionamento: como irão proceder aos textos promulgados que contenham essas duas características?

### **3 DA RETROATIVIDADE DA LEI HÍBRIDA NOS CASOS DE NOVATIO LEGIS IN MELLIUS ANTES DO PACOTE ANTICRIME.**

Ao trabalhar o conceito de leis híbridas ou mistas, é necessário adotar a definição predominante na doutrina, que as define como dispositivos legais dotados de conteúdo processual, interferindo de maneira indireta na matéria do direito, adentrando assim na questão material da lei.

Nesse sentido, completando a definição e agregando um dos pontos altos deste artigo, invoca-se o doutrinador Fernando Capez, que disserta sobre o alcance destas normas de acordo com a doutrina clássica, conforme exposto:

[...] A existência de normas processuais híbridas, também chamadas de mistas, consistentes em regras processuais dotadas de intenso caráter penal, razão pela qual a irretroatividade em benefício do réu é medida que se impõe, uma vez que tais normas afetam direito substancial do acusado. (p.102.2019).

Conforme demonstrada a definição, não só feita pelo doutrinador em tela, mas também pela maioria dos estudiosos, é possível observar como ocorrerá a questão de sua retroatividade. Contudo, conforme o tema irá se desdobrando, será possível visualizar que em alguns julgados, a definição da lei processual híbrida no tempo foi alterada nos tribunais.

Seguindo este liame, a doutrina nos propõe que a lei processual híbrida irá retroagir, em virtude da prevalência da parte penal sobre a processual, uma vez que o parágrafo único do artigo 2º do código penal é uma materialização do princípio constitucional contido no artigo 5º, inciso XL, e deverá ser observado todas as vezes que beneficiar a figura do réu.

Ainda nos desdobramentos deste pensamento, tem-se que a retroatividade deverá ser completa, de modo que o juiz não poderá separar o dispositivo em processual e material, e selecionar a lei parcialmente, uma vez se o fizesse, estaria legislando, e assim, desempenhando função atípica ao seu cargo.

E por fim, a última mazela que deverá ser observada é que a alteração, contida nesse dispositivo, não alcança os casos já transitados em julgado, conforme versa o jurista André Estefam: "Em se tratando, contudo, de normas mistas ou híbridas, isto é, aquelas que possuem aspectos processuais e penais, não retroagirão, salvo se benéficas, respeitando-se, contudo, a coisa julgada." (p.157, 2018).

Um dos exemplos mais contundentes sobre a norma mista é o da Lei 9.271, promulgada em 17 de abril de 1996, que foi responsável por alterar o artigo 366 do CPP. Aquele dispositivo estabeleceu que, no caso do réu citado por edital, que não comparecer, nem constituir advogado, ficariam suspensos o processo (conteúdo processual) e o prazo prescricional (conteúdo material) até a sua citação. Nesta ocasião a norma mais benéfica, que foi a posterior, retroagiu por inteiro para todos os casos não transitados em julgado.

Ademais, será exposto ainda um segmento de exemplos e seus julgados para a exposição da força que essa corrente tinha.

### **3.1 DO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO PELA DOUTRINA EM CASOS ANÁLOGOS.**

Ao analisar os casos que envolvem uma lei processual híbrida que seja mais benéfica para o réu, observa-se que o pensamento norteador a muito tempo já estava concretizado, e foi inclusive materializado em julgados, tanto para o STF quanto o STJ, que na devida oportunidade, se manifestaram favoráveis a retroatividade em relação as normas mista, para que fosse examinado o seu conteúdo material. Assim, sendo uma norma material mais benéfica, o dispositivo misto iria ter um efeito retroativo.

Para nível de exemplificação da doutrina amplamente dominante nesses casos, ressaltaremos dois casos de dispositivos legais em que ocorreu essa materialização da retroatividade penal. A primeira, trata-se do 88º da Lei 9.099 de 1995, que após julgamento da ADI. 1719, que em virtude de seu conteúdo material benéfico, deveria retroagir para alcançar o réu, conforme podemos observar no julgado a frente:

ADI 1719. PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a execução estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de suas abrangências as normas de direito penal mais favoráveis ao réu contidas nessa lei. (STF – ADI: 1719 DF, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 18/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG. 02-08-2007 PUBLIC. 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT. VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n.526, 2007, p. 33-35)

Partindo deste julgado, a jurisprudência unificou o seu entendimento no tocante a esse tema, e posteriormente aplicou esse mesmo viés em casos supervenientes, como por exemplo, a introdução do artigo 415 no código de processo penal, dado pela Lei 11.689/2008, que contou com o seguinte sentença:

1. RECURSO. Extraordinário. Pedido. Inconstitucionalidade do art. 411 do Código de Processo Penal. Dispositivo revogado pela Lei nº 11.689/2008. Perda superveniente do interesse recursal. Recurso prejudicado. O pedido da recorrente está prejudicado ante a revogação do art. 411, do Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.689/2008, que introduziu, no art. 415, novas regras para a absolvição sumária nos processos da competência do Tribunal do Júri. 2. AÇÃO PENAL. Tribunal do Júri. Absolvição sumária imprópria. Revogação do art. 411, do Código de Processo Penal, pela Lei nº

11.689/2008. **Retroatividade da lei mais benéfica. Concessão de habeas corpus de ofício. As novas regras, mais benignas, aplicam-se retroativamente.** Ordem concedida para que o juízo de 1º grau examine, à luz da nova redação, se estão presentes os requisitos para a absolvição sumária, oportunizada prévia manifestação da defesa. (grifo próprio) RE 602561/SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 27/10/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma

Por fim, para reforçar a atemporalidade e a força do julgado dado pela ADI 1719, temos a preponderância da interpretação favorável da norma mista mais benéfica ao réu até mesmo no campo que trazer uma *Novatio Legis in Mellius* que envolva os crimes de menor potencial ofensivo, conforme veremos abaixo:

PENAL. HABEAS CORPUS. DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ROL AMPLIADO PELA LEI 10.259/2001. SENTENÇA PROFERIDA APÓS SUA EDIÇÃO. NORMAS DE NATUREZA PENAL OU MISTA QUE BENEFICIAM OS PACIENTES. RETROATIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei 10.259/2001, por seu art. 2º, parágrafo único, ampliou o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, elevando o teto da pena máxima abstratamente cominada ao delito para 2 (dois) anos, sendo omissa em relação a possíveis exceções, estendendo mais ainda o conceito de infração de menor potencial ofensivo.

2. No caso dos autos, os réus foram condenados pela prática do delito capitulado no art. 256, parágrafo único, c/c 258, segunda parte, ambos do Código Penal, os quais prevêm a pena máxima de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, subsumindo-se, portanto, ao conceito de menor potencial ofensivo nos termos postos pela Lei 10.259/2001.

3. Tratando-se de **lei penal mais benéfica, de natureza jurídica de direito material ou mista, que possibilita aos pacientes a oportunidade de se beneficiarem dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, aplica-se aos fatos praticados anteriormente à sua entrada em vigor, consoante determina os arts. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Penal.**

4. Ordem concedida para anular a sentença condenatória e determinar que seja verificada a incidência das regras pertinentes às infrações penais de menor potencial ofensivo, notadamente quanto ao disposto no art. 76 da Lei 9.099/95.

HC 55064/SP. HABEAS CORPUS 2006/0037120-4. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 09/05/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 29/05/2006 p. 283 REFOR vol. 387 p. 437.

Entretanto, as conclusões e os procedimentos estabelecidos neste segmento textual, tiveram seu panorama alterado com a vigência do pacote anticrime e a nova interpretação dada pela doutrina.

### **3.2 DO PACOTE ANTICRIME**

Como já mencionado, a lei 13.964 trouxe uma alteração no crime de estelionato, tipificado no artigo 171 do CP ao incluir o do parágrafo 5º do instrumento legal.

O acréscimo referido alterou a forma de representação do crime, de modo que, o tipo penal, antes de sua vigência, era incondicionado à representação, ou seja, uma vez chegado ao conhecimento da autoridade competente, as investigações e o processo iriam acontecer independentemente da vontade da vítima.

Com a inclusão do paragrafo 5º temos que o crime passou a ser, em regra, condicionado a representação, e manteve como exceção a ação incondicionada, conforme o enquadramento de alguns públicos como vítimas. Assim o dispositivo versa:

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (BRASIL, 2019).

Com o novo texto em mãos é evidente o seu conteúdo misto, de modo que a representação é um ato estritamente processual. Todavia, interfere diretamente na

pretensão punitiva estatal, uma vez que, se não fosse representado pela vítima, não poderia ocorrer o processo legal.

Assim, poderia se concluir por um raciocínio lógico que, ao termos uma *novatio legis in mellius* com a característica híbrida, e partindo do pressuposto de que a parte material retroage para beneficiar o réu, e inferir-se que o magistrado não poderá separar a parte processual da material, deveria então, ao seguir toda a doutrina pré-estabelecida como majoritária, decidir que a parte processual (representação), retroagiria também.

Logo, todos os processos em que as vítimas não se enquadrassem nos incisos do parágrafo 5º, deveriam retornar para a primeira instância, para que o prejudicado ratificasse o ato processual, oferecendo novamente a denúncia.

Só que, diferente das outras normas híbridas, o parágrafo supracitado ganhou interpretações e entendimentos distintos na jurisprudência e até mesmo na doutrina mais recente, principalmente em virtude da omissão do legislador.

#### **4 DA NOVA TESE E DOS EFEITOS QUE ENVOLVEM A DISCUSSÃO**

Era de se esperar que, com a promulgação do parágrafo 5º do artigo 171, uma avalanche de ações ingressasse nos tribunais para que os processos ainda não transitados em julgado retornassem a primeira instância para o oferecimento da denúncia. O que de fato ocorreu, e essa discussão não foi só debatida em juízo monocrático, como também foi se arrastando até as cortes superiores.

Só que, diferentemente do esperado, um segundo ponto de vista se estabeleceu para esta ocasião, versando principalmente, que a alteração estabelecida pelo pacote anticrime não irá retroagir, conforme julgaram a 5ª e a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça e a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, onde o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, expôs o seu voto e emitiu o parecer no sentido de:

Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”. 3. Inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública



incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público. 5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas Corpus. INDEFERIMENTO da ordem.

Conforme o respectivo acórdão, não haverá retroatividade da lei processual mista, independentemente de qual estágio esteja o processo, isso porque se trata de um ato jurídico perfeito, que cumpriu os seus requisitos e a sua finalidade na data em que ocorreu. Além disso, as leis de cunho misto anteriores contavam em seu texto expresso, que deveria haver a nova convalidação do ato processual em juízo.

Os adeptos deste entendimento comparam este dispositivo com as leis mistas anteriores, e apontam a questão da omissão legislativa que, como será destacado mais a baixo, não instituiu em seu texto legal, como se desenrolaria esta questão de retroação.

Para fundamentar este novo viés sobre o caso, cita-se um dos percursores deste pensamento, o professor e promotor Rogerio Sanches, que expõe:

[...] trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995). (p.442, 2021).

A referida lei, que é a que instituiu o Juizado Especial, em seu corpo, trouxe o texto expresso de que os crimes, que outrora previstos em outros cadernos, e que agora estariam abarcados pelo novo dispositivo, deveriam se proceder mediante representação. E é nestes últimos dizeres que ressaltam outros dois princípios utilizados para fundamentar a decisão, o princípio da legalidade e o da segurança jurídica.

Assim, na inobservância do texto legal, a jurisprudência teve maior flexibilidade ao estabelecer o seu entendimento, e o fez no intuito de dar autenticidade nos atos já praticados.

Contudo, o novo entendimento encontra uma dura resistência por parte da doutrina prevalente e das próprias câmaras judiciárias, a dar-se, por exemplo, a 6ª turma do STJ, que julgou baseando-se no entendimento doutrinário previamente estabelecido, reconhecendo que a norma mista, uma vez mais benéfica, deverá retroagir para beneficiar o réu, conforme estabelece a carta constitucional e o código penal.

Ademais, a própria 2ª Turma do Superior Tribunal Federal julgou por retroceder a questão da denúncia nos casos em que não tivesse transitado em julgado:

**Decisão:** A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, mas concedeu o *habeas corpus*, de ofício, **e trancou a ação penal, com a aplicação retroativa, até o trânsito em julgado**, do disposto no art. 171, § 5º, do CP, com a alteração introduzida pela Lei n. 13.964/2019, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, que dava provimento ao recurso para conceder a ordem e trancar a ação penal. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 22.6.2021 (grifo próprio). (STF - HC: 5180421 SP 00084891-64.2020, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Data de Publicação: DJ 22/06/2021).

Dentre os votos deste mesmo julgado, ressalta-se o da Ministra Cármen Lúcia, que, mesmo lembrando da sentença proferida pela Primeira Turma, decidiu o tema de forma diferente, e reconsiderou seu pensamento para aproveitar o princípio da máxima efetividade do Direito e das garantias individuais, reconhecendo a natureza mista (material e processual) da alteração legislativa.

Com este julgado, então, surgem dois panoramas: O primeiro versa sobre a prevalência da tese de "ato jurídico perfeito", que irá manter como estão os processos em que já foram oferecidas as denúncias e a figura do réu terá seu direito constitucional lesado; Já no segundo, impera o conceito de "*novatio legis in melius*" sobre a norma do pacote anticrime, onde todos os processos ainda não transitados em julgado retornam para a comarca inicial para o oferecimento da denúncia, que caso não ocorra, importará na absolvição por falta de justa causa.

#### **4.1 SOBRE O CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SEUS EFEITOS**

Ao aprofundar-se nos julgados e nas obras analisadas acima, é possível palpar que desenvolvimento de ambos os pensamentos desenvolvidos para a resolução do caso, surgem de determinados princípios que norteiam tanto os cadernos penais como também a própria carta constitucional, o qual sejam, os princípios da retroatividade da lei mais benéfica ao réu em conluio com a ampla defesa, contra ato jurídico perfeito e o princípio da legalidade.

Comumente esses princípios costumam operar em um plano contíguo, mas como não é o caso em tela, deve-se preponderar em um plano bem minimalista, qual destes vieses irá preponderar e fazer coisa julgada, e futuramente servir de base para sentença em casos análogos. Assim, podemos dizer que estes dois princípios defendem cada tipo de caderno, e portanto temos os princípios que versam sobre a questão material do tema (retroatividade benéfica e ampla defesa) e dogmas que defendem a instrumentalidade, o qual seja, o processo (princípio da legalidade e ato jurídico perfeito).

Ao contrapor esses prismas, nos é bem claro que a estrutura dos ordenamentos observados e os princípios basilares norteadores da Constituição Federal, iram pender a proteger a parte material dos casos concretos, uma vez que a próprio objetivo da parte processual seria a de alcançar com maior eficácia a questão elemental, conforme podemos ver nos dizeres de Gelson Amaro de Souza, que disserta:

O direito material tem por fim ditar as normas de conduta para garantir a paz social, o direito processual tem por finalidade assegurar o cumprimento dessas mesmas normas. A finalidade de um ramo é ditar as regras, enquanto a finalidade do outro é garantir a obediência dessas mesmas regras. (SOUZA, p. 08)

E tendo isso em vista, e fazendo um balanço de tudo que foi levantado neste trabalho, passa-se à conclusão.

## **5 CONCLUSÃO**

A priori, nota-se que o novo pensamento aqui abordado é fruto da transformação doutrinária jurisprudencial, que se desdobrou depois de uma omissão legislativa na propositura do tipo penal, fazendo com que as casas judiciárias tivessem uma maior oportunidade em cravar o seu entendimento sobre o tema.

Essa alteração, entretanto, põe em cheque o princípio da retroatividade benéfica, ensinados como regente e soberano, podendo mais a frente, abrir precedente para uma maior rigidez do nosso caderno penal, caso venha a ser sobreposto futuramente.

Há de se pensar também que, em meio ao conteúdo presente no pacote anticrime, a interpretação não tão benéfica para a figura do réu, segue o viés originário da lei, de modo que as alterações tem um claro intuito de dificultar os direitos da figura do criminado.

Não compete a este artigo, porém, fazer previsões sobre eventuais motivos que levaram as casa judiciais a julgarem nestes termos, senão àqueles que já estão presentes

na própria sentença. Ademais, aproveitando esta deixa, é intrínseco para a exposição do catártico, argumentar que todos os acórdãos analisados até a presente data, tanto os favoráveis, quanto os contrários a retroação, não foram unânimes, o que mostra a dúvida que paira sobre os magistrados nesta questão.

Com relação à questão material, é importante destacar que o princípio da retroatividade benéfica é um princípio basilar do direito penal, e se sustenta no campo do direito há muito tempo, e diminuí-lo ou relativizá-lo frente à mera justificação do “ato jurídico perfeito” é uma afronta tanto a historicidade deste preceito, quanto à justa proteção concedida à figura do réu.

Em suma, por mais que o entendimento sobre o tema ainda não tenha se resolvido, acredita-se que sobrepor o princípio da retroatividade benéfica, que é tão presente no direito penal brasileiro, pode significar a médio longo prazo, uma flexibilização dos entendimentos basilares sobre as normas penais, que representaria um abalo sistêmico dos fundamentos obtidos como produto obtido através da evolução do direito como um todo.

Por outro lado, a justificativa do ato jurídico perfeito, parece ser tão rasa frente ao princípio da retroatividade, de forma que daria maior importância para o processo como forma, do que para o direito que este mesmo procedimento busca alcançar. Alias, pontua-se que o tema aqui abordado está relacionado de um dos bens mais preciosos de nossa sociedade contemporânea, a liberdade.

Assim, além de displicente, este precedente, em conluio com a superação deste preceito, pode gerar efeitos irreversíveis para o direito penal, motivo pelo qual se acredita que a corrente da retroatividade deve imperar e se tornar a medida que irá ser aplicada nestes casos.

## 6 REFERÊNCIAS

2ª TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma decide que dispositivo da Lei Anticrime deve retroagir para benefício do acusado.** Notícias e Textos : Supremo Tribunal Federal, [s. l.], 22 jun. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468035&ori=1>. Acesso em: 10 jul. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 783 p.

ADVOCACIA criminal em pílulas: **Ação penal no crime de estelionato e Pacote Anticrime.** [S. l.], 16 jun. 2020. Disponível em: [ibijus.com/blog/716-advocacia-criminal-em-pilulas-acao-penal-no-crime-de-estelionato-e-pacote-anticrime](http://ibijus.com/blog/716-advocacia-criminal-em-pilulas-acao-penal-no-crime-de-estelionato-e-pacote-anticrime). Acesso em: 06 jul. 2021.

CARDOSO, André Luiz. **Normas híbridas (material e processual) e o princípio da retroatividade benéfica.** [S. /], fev. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63863/normas-hibridas-material-e-processual-e-o-principio-da-retroatividade-benefica>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **MANUAL DE DIREITO PENAL: PARTE ESPECIAL.** 13. ed. [S. /]: Juspodivm, 2021. 1168 p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Norma que exige representação no estelionato não alcança processos com denúncia já oferecida.** [S. /], 6 ago. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/08/06/674-norma-que-exige-representacao-no-estelionato-nao-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>>. Acesso em: 06 jul. 2021.

DE JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral.** 37. ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 985 p.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte geral.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 667 p.

**EXIGÊNCIA de representação no estelionato alcança processos com denúncia já oferecida.** [S. /], 07 jul. 2021. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

FIDALGO, Amanda Cabral Fidalgo. **Princípios do direito processual.** Jus,com, [s. /], 03 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67331/principios-do-direito-processual>. Acesso em: 2 nov. 2021.

**HABEAS CORPUS 187.341 SÃO PAULO.** [S. /], 13 out. 2020. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC\\_187341.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_187341.pdf). Acesso em: 28 jun. 2021. <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023->

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2005. 456 p.

LEMOS, Marcelo Geraldo. **Alteração da ação penal do crime de estelionato e seus reflexos na prática forense.** [S. /], 27 abr. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/27/alteracao-da-acao-penal-crime-de-estelionato-e-seus-reflexos-na-pratica-forense/>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

LOPES, Hálisson Rodrigo. Princípios da verdade no processo brasileiro. *In*: **Princípios da verdade no processo brasileiro.** [S. /], 1 abr. 2014. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/principios-da-verdade-no-processo-brasileiro/>. Acesso em: 2 nov. 2021.

MACHADO, Iuri Victor Romero. **RETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MISTA: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL RETROAGE?**. SALA DE AULA CRIMINAL, [s. /], 16 jul. 2020. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/retroatividade-da-lei-processual-penal-mista-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-retroage>. Acesso em: 29 out. 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O crime de estelionato depende de representação**. [S. I.], 11 fev. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/02/11/o-crime-de-estelionato-depende-de-representacao/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1649 p.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 dez. 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: 18 fev. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [S. /], 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 01 jul. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SECRETARIA-GERAL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, ano 2019, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 16 jun. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília: [s. n.], 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: 09 jul. 2021

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. **Para Quinta Turma, exigência de representação para ação por estelionato não afeta processos em curso**. Brasília, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Quinta-Turma--exigencia-de-representacao-para-acao-por-estelionato-nao-afeta-processos-em-curso.aspx>. Acesso em: 11 jul. 2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Moreira Alves. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Jurisprudência, 03 de dezembro de 1997. **ADI N. 1.719 DISTRITO FEDERAL**, Brasília, 3 dez. 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347231>. Acesso em: 20 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Para Sexta Turma, retroatividade da representação no estelionato não gera extinção automática de punibilidade**. Notícias, [s. I.], 18 out. 2020.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08102020-Para-Sexta-Turma--retroatividade-da-representacao-no-estelionato-nao-gera-extincao-automatica-de-punibilidade.aspx>. Acesso em: 08 jul. 2021.

VERGINOTTI, José. **A retroatividade do crime de estelionato após pacote anticrime**. [S. /], 2020. Disponível em: <<https://luisverginott.jusbrasil.com.br/artigos/936740504/a-retroatividade-do-crime-de-estelionato-apos-pacote-anticrime>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

## O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA FRENTE AO RE 636.553/RS

**VINICIUS SILVA DE OLIVEIRA:**

Delegado de Polícia Civil de Pernambuco.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como fito discorrer sobre o princípio da confiança legítima como mais um instrumento a fazer valer a segurança jurídica num Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, com o método hipotético-dedutivo e por meio da metodologia bibliográfica e jurisprudencial, apontou-se que há uma lógica cronológica de limitação do poder do Estado, bem como observou-se a ascensão do pós-positivismo como movimento filosófico apto a mudar o panorama ulterior à Segunda Guerra, dando valor aos princípios calcados na ética e moral. Por fim, analisou-se, sob o olhar do ministro Gilmar Mendes, o Recurso Extraordinário 636.553/RS, que fixou um lapso temporal para fins de validação da legalidade no curso da formação de um ato complexo de aposentadoria, reforma e pensão. Em face de todo o exposto, notou-se ser salutar a flexibilização de princípios que, por tempos, eram tidos como inflexíveis, havendo, por conseguinte, a manutenção de efeitos ilegais. Logo, deve-se sempre nortear os olhos para uma decisão mais justa, ponderando princípios para assim fazer valer os mandamentos constitucionais.

**Palavras-chave:** Limitação do Estado. Pós-positivismo. Confiança Legítima. Legalidade. Recurso Extraordinário.

### INTRODUÇÃO

O princípio da confiança legítima de origem e desenvolvimento alemão, trazido e alocado no estudo do Direito Administrativo brasileiro, tornou-se mais um instrumento apto para tutelar os interesses dos administrados em face do Estado. De matriz subjetiva da segurança jurídica, o princípio aqui explanado toma relevância cada dia maior nos Tribunais Superiores.

Na gênese da história, observava-se uma falta de limitação de poder do Estado. Sob o manto da irresponsabilidade, os cidadãos observaram violações a direito e atrocidades flagrantes. Decorreram-se longos anos, até ocorrer paulatinamente uma crescente limitação do poder Estatal, até, de fato, chegar ao marco histórico da Revolução Francesa que alterara a perspectiva mundial. Com este evento, remonta a origem do Direito Administrativo, ferramenta apta a regulamentar os limites da relação Administração Pública e particular, como também organiza o Estado. Dentro desse autônomo ramo do direito,



salutar é apresentar e sopesar um princípio que se torna cada vez mais em chama, qual seja, o princípio da confiança legítima. Doravante, não podemos mais fechar os olhos para o espírito de lealdade do particular para com o Estado, nas hipóteses em que ambos se relacionam, há de se perceber que há um avanço na aplicação do princípio aqui explicitado e, por conseguinte, um afastamento, no caso concreto, de princípios tidos como pedra de toque do Direito Administrativo, como a legalidade.

À par de pormenorizar o princípio da confiança legítima, importante tecer comentários acerca dos princípios, espécie de norma jurídica que veio a se juntar às regras após o positivismo jurídico perder morada na seara mundial. O pós-positivismo resgata a aproximação da ética e moral aos ditames do mundo jurídico, tornando cada vez mais importante o estudo dos princípios, porquanto sejam fontes do direito que ajudam a compreender e solucionar casos de forma mais equânime. Para solucionar problemas envolvendo os princípios, viável tornou-se a aplicação da técnica de sopesamento proposta por Robert Alexy e, posteriormente, adotada no Supremo Tribunal Federal. Com isto, postulados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito estarão sob a forma de subprincípios, zelando por qual princípio deve sobressair em face do outro, ou seja, presente aqui a máxima da proporcionalidade.

O princípio exposto nesta obra, como dito acima, é a face subjetiva da segurança jurídica, tido como mais um instrumento apto a salvaguardar os interesses daqueles que preenchem os pressupostos para a escoreita a aplicação. Será percebido que a regra estática de aplicabilidade do princípio da legalidade será por vezes afastada, a retroatividade de efeitos decorrentes da decisão de anulação de um ato administrativo não será mais necessariamente aplicada, tornando-se cada vez mais necessária a utilização de ferramentas, como a modulação de efeitos para a melhor adequação de uma decisão. Afinal, a presunção de legitimidade e legalidade, como atributos dos atos, geram ao particular na gênese de uma relação jurídica com o Estado, a confiança e a percepção de legalidade daquilo que fora gerado. Logo, expurgar relações jurídicas que tenham tidas sensíveis irregularidades na gênese, sob a desculpa do poder de autotutela e legalidade, é acabar por violar o Estado Democrático de Direitos, este que tem um papel de garantir a proteção dos cidadãos de quaisquer formas de abuso do Estado.

Visto ser crescente a aplicação do princípio da confiança legítima, após tecer comentários sobre a origem e pressupostos, o objetivo é analisar a aplicação em breve julgados dos Tribunais Superiores, sobretudo no Recurso Extraordinário 626.553/RS

quefora proferida decisão cada vez mais ao norte de resguardar as expectativas dos cidadãos. À par de estruturar e fundamentar o trabalho, fora utilizada a metodologia bibliográfica e jurisprudencial para fins de investigar a ascensão de aplicação do princípio aqui trazido.

Portanto, há de se observar no primeiro capítulo uma breve cronologia acerca da limitação do poder do Estado e, posteriormente, a importância de comentários gerais referentes aos princípios, sobretudo trazendo à tona a importância de como agir à luz do caso concreto quando há colisão, justamente porque há no trabalho aqui apresentado um caminhar pela prevalência da confiança legítima, acarretando, por conseguinte, num afastar de outros princípios anteriormente intocáveis.

No segundo capítulo, são arrolados a gênese do princípio aqui exposto, os pressupostos negativos e positivos para a correta aplicabilidade e, por fim, aplicações jurisprudenciais. Houve por bem tecer breves comentários acerca de outros instrumentos estabilizadores que estão previstos no ordenamento jurídico e que, conjuntamente, acabam por garantir um bloco que acarreta cada vez mais numa segurança jurídica ideal, de suma importância num Estado Constitucional.

Por fim, valendo-me do substrato subjetivo da segurança jurídica aqui exarado, coleciono o voto do ministro Gilmar Mendes que sabiamente proferiu, após mudar seu voto, uma decisão que vai ao encontro da salvaguarda de interesses legítimos dos cidadãos em um processo que versou acerca de um novo marco temporal para fins de averiguação de legalidade da concessão de aposentadoria, reforma e pensão no ano de 2020. Pois bem, percebendo a importância da confiança legítima tanto no bojo de quando surgiu, num contexto da viúva alemã que quase perdera a sua pensão e, longos anos depois, uma discussão à par de salvaguardar mais os cidadãos frente aos lapsos temporais e possíveis indeferimentos quando de atos no contexto de aposentadoria, reforma e pensão, achei oportuno fazer esse elo.

Conclui-se, portanto, que o objetivo do trabalho é trazer o conteúdo doutrinário do princípio da confiança legítima e, conjuntamente, refletir acerca da ponderação com outros princípios tidos como pedras de toque, justamente flexibilizando-os. Afinal, necessário caminhar ao norte de cada vez mais salvaguardar os interesses legítimos dos cidadãos.

## **1- O PASSO À AUTOLIMITAÇÃO DO PODER DO ESTADO**

A construção dogmática do Direito administrativo atual adveio de um passado de mudanças cautelosas. É importante traçarmos a gênese do direito administrativo para fins de consolidarmos o estudo atual evoluído de seus institutos, afinal não devemos tecer críticas infinitas ao passado, porquanto o valor de atribuição a determinados fatos deve ser exposto com as devidas molduras às épocas de ocorrência respectivas, sob pena de aferirmos um olhar preconceituoso, deixando de lado a importância que cada acontecimento histórico nos forneceu.

A evolução histórica dos direitos humanos e a própria noção de Estado se deu em uma linha cronológica, sendo dividido de acordo com cada época e de acordo com as características históricas. A doutrina como forma de transmitir um ensinamento didático, divide e nos fornece quatro épocas cruciais até a chegada da atual conjuntura social. Separando em Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e, por fim, Idade Contemporânea como marco a Revolução Francesa, trazendo para o contexto a Declaração de Direitos Do Homem e Do Cidadão de 1789 (PRETI; LÉPORE, 2020).

Não como forma de esgotar o tema, mas faz-se oportuno o apontamento de certos fatos ocorridos na história que geraram frutos para uma limitação do Estado, mesmo que de forma restrita e beneficiando certas classes da sociedade, é preciso conhecer um pouca a história para chegarmos ao grande marco do Direito Administrativo, que, para parte majoritária da doutrina, remonta à época da Revolução Francesa e todos os acontecimentos que ali circundavam (PRETI; LÉPORE, 2020).

Na idade antiga, trazendo ao presente trabalho os dois fatos mais marcantes, temos como marco a Democracia Ateniense e a República Romana. A primeira, conforme preceitua os professores Preti e Lépoire (2020, p. 60) trouxe: "O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para benefício pessoal dos governantes", remonta, portanto, um dos primeiros pilares de limitação em prol das garantias dos direitos dos homens, travando à época uma limitação ao poder estatal, através das leis e da cidadania ativa. A segunda, os professores aqui listados salientam mais um meio de limitação estatal, agora, não mais pelo viés das leis e, sim, pela instituição de um sistema de controles recíprocos entre diferentes órgãos políticos.

Passando adiante, temos o período medieval, conhecido por Idade Média. Época dos Feudos, conforme nos ensina o emérito professor da USP Dallari (2017), foram três

grandes acontecimentos que marcaram esta época, são eles: o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo. Nessa senda, o professor preceitua que:

No Estado Medieval, a ordem era sempre bastante precária, pela improvisação das chefias, pelo abandono ou pela transformação de padrões tradicionais, pela presença de uma burocracia voraz e quase sempre toda poderosa, pela constante situação de guerra, e, inevitavelmente, pela própria indefinição das fronteiras políticas (DALLARI, 2017, p. 75).

Logo, como a instabilidade era frequente, por conta da pluralidade de poderes, houve um movimento de concentração, surgindo à época pactos entre reis e estamentos sociais superiores para fins de reger melhor o Estado, tendo ocorrido reconhecimento de direitos e prerrogativas, bem como foi possível notar limitações ao exercício do poder. O grande marco para fins do estudo aqui apresentado, sem dúvidas fora a Magna Carta de 1215 influenciadora de outros documentos da Idade Moderna e que previu limitações ao poder do Soberano, prevendo que para a deliberação de determinadas matérias seriam necessárias convocações de determinados estamentos para fins de aprovação, conforme explicado pelos professores (Preti;Lépore, 2020).

A Idade Moderna ganhou morada no cenário à época, travando uma centralização de poder na figura do Rei e a consolidação do Capitalismo. O absolutismo estava presente e concomitante o brocado de que "O rei nada faz de errado". Os professores lecionam que esse brocado advindo de uma teoria da irresponsabilidade administrativa, regeu por sucessivos anos, recusando-se a possibilidade de responsabilização do Estado como reflexo do predomínio da teoria divina e sobrenatural do poder. Pode-se inferir, portanto, a não aceitação de qualquer constituição de direitos subjetivos contra o Estado " (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Após essa constatação, dois marcos trouxeram importantes mudanças na conjuntura, que foram o Iluminismo e, posteriormente a revolução gloriosa, o Petition Of Rights de 1628 e o Bill Of Rights de 1689 como limitadores do poder estatal soberano. Prestes a entrarmos na Idade Contemporânea, importante para a história a independência Americana com a promulgação ulterior da Constituição de 17 de setembro de 1787, que superou o modelo monárquico e, agora regido pela máxima da soberania da lei.

Após passarmos por três fases, chegamos à Idade Contemporânea como grande marco da humanidade e do Direito Administrativo, findando o antigo regime. Sua gênese,

é travada com a Revolução Francesa de 1789, perpetrada pelo *terceiro estado*, que revolucionou diversos setores da sociedade e partiu para a salvaguarda de direitos consolidados atualmente. O bojo do surgimento do Direito Administrativo pós-revolução francesa foi objeto de crítica por parte da doutrina, ao se afirmar que seria uma legalização do poder absolutista anteriormente presente. Se é correto ou não tal entendimento, nunca haverá resposta concreta para tal. Apesar de divergências, foi um grande passo para o que se tem atualmente. O papel que firma a época é a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, conforme explica os professores de Direitos Humanos, Preti e Léporé (2020, p. 75), o documento é o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela Monarquia Absolutista e pelos privilégios feudais, servindo como uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.

Após os devidos comentários pertinentes às limitações sofridas pelo Estado, seja como Ente ou o próprio Rei, afinal Luís XIV clamava “o Estado sou eu”, surge para os renomados doutrinadores administrativistas, o direito administrativo no contexto da era contemporânea, valendo-se do marco da Revolução Francesa.

Sob os ensinamentos do Professor Oliveira (2015), explicita que a origem do Direito Administrativo remonta ao célebre julgamento do caso Blanco, onde houve a fixação da competência ao Conselho de Estado para Julgamento, visto ter havido um acidente decorrente de um serviço público prestado por uma Companhia pertencente ao Estado. Mudando assim, o norte de irresponsabilidade. Continua o professor, dizendo que no campo normativo, fora a lei 28 pluviose do ano VIII de 1800 que encampou a ideia de certidão de nascimento do Direito Administrativo, pois estabeleceu, de forma pioneira, normas de organização administrativa e de solução de litígios contra a Administração Pública. Com o passar dos anos, esse ramo do Direito público vem se aperfeiçoando e tornando-se um grande pilar para a sociedade, interessante notarmos, por exemplo, o processo de constitucionalização de todos os ramos do Direito, realizando uma aproximação da nossa Carta Maior e, conseqüentemente, a influência de todo arcabouço axiológico que ela traz para fins de salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

Reflete-se, portanto, com o surgimento e firmeza dos instrumentos normativos limitadores, o próprio Estado se autolimitando e garantindo a liberdade dos cidadãos, se afastando da alta supremacia que há tempos se perpetuava para fins de salvaguarda concreta de direitos.

## 1.1 Análise geral principiológica

Apresentado uma conjuntura sobre a evolução da nossa história, destacando a limitação gradativa do poder do Estado e a gênese do Direito Administrativo, é possível traçarmos um campo de construção brevemente sobre a importância dos princípios e o contexto de sua ascensão e, posteriormente, tecer comentários sobre o substrato subjetivo da segurança jurídica, que é o Princípio da Confiança legítima, como meio a gerar uma salvaguarda sobre a autoridade do Poder do Estado em determinadas situações conflituosas. Além disso, será delineado que os princípios devem ser ponderados para a esmerada solução do caso concreto, obviamente, gerando um gozo de direitos conquistados por aqueles que agem conforme a moral média e a boa-fé.

Para travarmos um estudo sobre o princípio da confiança legítima, faz-se preciso um arcabouço introdutório sobre o tema princípios. De forma ampla, temos por oportuno dois momentos marcantes. O primeiro, sob o enfoque do positivismo jurídico que traduz um apeço sobre leis, que permitiram atrocidades durante a Segunda Guerra Mundial, afastando a moral do direito, porquanto permitia a supremacia da lei formal, mesmo que houvesse a supressão de direitos inerentes aos homens e, conjuntamente, não travavam importância aos princípios, visto haver à época um sistema fechado, pautado somente em regras. E o segundo, com a derrota nazista, surge o pós-positivismo jurídico, onde há no mundo uma mudança abrupta, uma reaproximação da ética e da moral entre os ordenamentos internos dos Estados, não conceituando mais norma jurídica como sinônimo de regras, e sim como gênero, trazendo como espécies, as regras anteriormente existentes e os importantíssimos princípios. Este segundo movimento é bem explicitado pelo constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, conforme denota o professor:

Um movimento que atribui importância aos princípios do Direito, e não somente às leis. Trata-se de uma designação provisória e genérica, que procura transmitir um ideário difuso, que busca definir as relações entre valores, princípios e regras. Parte da premissa de que, desde o constitucionalismo moderno ao início do constitucionalismo contemporâneo, começou a surgir uma nova hermenêutica constitucional, uma nova teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Além de ressaltar a importância dos princípios -alçados ao status de normas jurídicas vinculantes-, preocupa-se com o estudo das relações do Direito interno com o internacional, propondo, ainda, uma reaproximação entre Direito e Ética. Seus defensores atribuem a

sua enorme ascensão à própria derrocada histórica do Jusnaturalismo e ao fracasso político do Positivismo, que abriram caminho para um conjunto amplo e, até hoje, inacabado de reflexões acerca dos problemas jurídicos, da função social do direito e de sua exegese (BULOS, 2017, p.73)

Logo, como ensinado pelo professor Bulos (2017) e por um raciocínio aqui chegado, nós temos na contemporaneidade um reconhecimento da fase principiológica do Direito, sendo por oportuno a evocação dos princípios para a solução de controvérsias fáticas, por meio da ética e da moral. Surge, nessa seara, uma libertação do legalismo estrito, prevendo hipóteses como expostas oportunamente no avançar do trabalho que o Estado apesar de evocar a lei e outros arcabouços principiológicos, como o princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, acaba por ter que “ceder” direitos e garantias apenas a um indivíduo, caindo até mesmo por terra a visão utilitarista, ou seja, da alegação que deva prevalecer e sopesar o interesse da maioria em detrimento da minoria.

Com a importância que os princípios estão agindo na contemporaneidade com força de norma jurídica, tem-se que são de observância obrigatória para diversos fins, sobretudo quando se está em discussão o Direito Administrativo e a relação jurídica Estado-Particular, visto que o descumprimento desses mandamentos acarreta as mais variadas sanções.

Antes de se discorrer sobre a aplicação concreta dos princípios, principalmente nas consequências garantistas que o princípio da confiança legítima fornece, faz-se oportuno trazer os apontamentos do professor Alexy (2008, p. 90) que afirma ser mandamentos de otimização. O que importa em afirmar que devam ser aplicados na maior medida possível em relação às condições fáticas, buscando-se extrair o maior aproveitamento desta fonte, até mesmo para garantir uma eficácia máxima das decisões objetos de lides, visto ser os princípios dotados de maiores generalidades e abstrações, tendo, portanto, a necessidade de construção mais pormenorizada no momento do intérprete pôr em prática. Como forma de aplicação ao caso concreto, devemos nos valer do sopesamento como técnica hermenêutica, para, no caso concreto, afastarmos um princípio e dar maior valor ao outro, devendo haver uma escoreita fundamentação, sobretudo porque a nossa própria Constituição Federal assim exige, nos termos do seu artigo 93, IX. Afinal, o sopesamento é algo sensível que deve ser largamente explicitado pelos órgãos julgadores, justamente para evitar um subjetivismo e o decisionismo dos juízes(ALEXY, 2008).

Como forma de integrar o tema aqui tratado, é de enorme valia tecer considerações acerca do método utilizado da ponderação por Alexy (2008) para fins de aplicação dos princípios, visto ser um dos mecanismos mais evocados atualmente pelas Cortes brasileiras. Alexy (2008), traz como forma de diferenciação das regras jurídicas, comentários pertinentes aos tais mandados de otimização (vide princípios), apontando que na colisão entre princípios, diferentemente das regras que são tratadas como mandados definitivos, porquanto sua aplicação se dê à luz de casos específicos, não dotados de abstração, a solução conflituosa principiológica será sempre feita analisando o caso concreto. Dessa forma, é necessário analisar o momento, porquanto se houver uma pequena alteração, a solução já não é mais a mesma. Parte o renomado autor pela impossibilidade de que a solução entre princípios ocorra de uma relação de precedência/ordenação abstrata-rígida prévia, ou seja, que haja a possibilidade de forma rígida de apontar-se um princípio que deverá prevalecer no âmbito concreto. Porém, conceitua uma possibilidade de ordenação flexível, apontando Robert Alexy como sendo este:

Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento (ALEXY, 2008, p. 164).

A partir da bela exposição do eminente Alexy, subentende-se a imprescindibilidade de análise do caso concreto e a possibilidade de até mesmo haver uma certa preferência, como ocorre com os direitos fundamentais, sem, contudo, travar um sistema rígido, porquanto é necessário ao intérprete da norma valer-se do instrumento do sopesamento. Logo, numa situação fática há de se analisar a melhor adequação principiológica ao caso concreto, justamente para chegarmos a maior eficiência, visto estar presente frequentemente a colisão entre tais espécies normativas, sem, contudo, extirpar do ordenamento jurídico o princípio que não se amoldou mais perfeitamente. A ideia de ponderação e da necessidade de extrairmos à luz da situação fática a maior efetividade,



decorre da premissa de que não há como se aplicar em todas as situações de forma absoluta, por mais que sejam similares, o mesmo princípio, porquanto em diversas passagens da vida há pequenas alterações e que, conseqüentemente, acabam por tornar diversas a solução do intérprete, afastando de forma branda, por conseguinte, o princípio que anteriormente sopesou.

Para que a compreensão fique mais límpida, interessante nos valermos de um caso hipotético, no qual Alexy (2001) traduz brilhantemente numa situação em que há colisão num caso concreto de injúria na imprensa. Nesse sentido, demonstrou que há um choque entre o direito fundamental à liberdade de expressão e à privacidade. Segundo o autor, dois princípios jurídicos, como aqui narrados, podem incidir sobre o mesmo caso concreto, sem que um anule completamente o outro. Porquanto, haverá a prevalência de um na circunstância específica, mas ainda será aplicável o outro, ainda que sua incidência seja menor, mitigada. Voltando ao exemplo, valendo-se do caso da injúria na imprensa, o jus filósofo supra prevê que numa situação, será sopesável a privacidade em prevalência da liberdade de expressão, ou seja, devendo o intérprete com parcimônia extrair a maior eficácia da solução, devendo encontrar a ilustre concordância prática, fazendo valer em tal situação específica uma prevalência. Entretanto, nada impede que em uma situação similar a injúria na imprensa, a liberdade de expressão seja sopesável em face da privacidade, por exemplo, na divulgação de uma figurapública (Alexy, 2001, p. 134).

Para fins de complementação, após traçarmos uma linha de raciocínio acerca do surgimento das discussões principiológicas em seu teor etiológico, a colisão e o sopesamento, parte-se para a técnica hermenêutica para findar a parte introdutória geral desta espécie normativa, de caráter ímpar no mundo contemporâneo.

O sopesamento para fins de melhor moldura para resolução do conflito em concreto, deve ser intimamente ligado à regra da proporcionalidade tratada pelo professor. Para este, quando presente o juízo da proporcionalidade, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais estará salvaguardado. Explica Alexy (2008) que a máxima (proporcionalidade) se ramifica em três máximas parciais para fins de melhor adequação ao caso concreto que são: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O autor aponta que devem ser seguidas passo a passo esta ordem e, ao final, averiguar se efetivamente a intervenção sobre o direito fundamental do cidadão é proporcional. Lembrando que, é na proporcionalidade em sentido estrito que efetivamente se realiza a ponderação.

Lacerda (2018) em sua dissertação de mestrado com o tema “O princípio da confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos” aponta em uma das suas passagens, de forma ampla, em um parágrafo a conceituação desses três passos utilizando os ensinamentos de Alexy, explica:

As máximas da adequação e necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível em relação às condições fáticas; já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas, momento em que haverá a ponderação entre princípios colidentes, por meio do sopesamento. (ALEXY, 2008, p. 188 e 594 apud MOURA, 2018, p. 45)

À par dessa linha introdutória, conceitua-se que o primeiro elemento, a adequação, é verificado quando o meio escolhido for adequado para a realização do objeto perseguido, ou seja, realiza-se um exame, em abstrato, com o fito de observar se a restrição a um direito é apta para a consecução do fim querido por parte do intérprete.

Ao passar para o segundo elemento, a necessidade, analisa-se se o objeto pretendido pode ser promovido com igual efetividade por outro meio menos invasivo que o anteriormente pensado abstratamente.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, é o elemento que efetivamente nos fornece o juízo de ponderação. Em síntese o professor Oliveira (2015) explica:

A proporcionalidade em sentido estrito: encerra uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela atuação estatal e o benefício por ela produzido (relação de custo e benefício da medida), razão pelo qual a restrição ao direito fundamental deve ser justificada pela importância do princípio ou direito fundamental que será efetivado.” (OLIVEIRA, 2015, p. 35)

Logo, em síntese, apontamos a efetiva ponderação quando houver choque entre direitos no caso concreto, havendo o intérprete a obrigação de extrair a máxima de efetividade para melhor adequação da justiça.

Após a linha introdutória necessária para o discorrer do trabalho, apresentando-se uma linha cronológica de fatos que ensejaram uma limitação do poder do Estado, a importância dos princípios no contexto global e, sobretudo, a técnica hermenêutica de

ponderação, abre-se explicitação no tópico seguinte para o princípio da confiança legítima e sua importância na atual conjuntura.

## **2 - O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA: INSTRUMENTO ESTABILIZADOR**

Após perpassarmos pela sistemática da importância dos princípios como norma jurídica, trava-se aqui a importância do ilustre princípio da confiança legítima.

Sua gênese se deu no bojo da Alemanha. O que de fato é de mais importante é a passagem que se dá do legalismo puro, ou seja, do fiel e exato cumprimento à letra fria da lei para o escorreito entendimento do caso concreto e, por conseguinte, a aplicação de uma decisão justa, solidária e ética mesmo que por vezes seja necessário clamar pela manutenção de uma relação jurídica que na sua origem afrontou dispositivos contrários ao ordenamento jurídico, ou seja, confrontando o legalismo. Há com o passar dos tempos uma mitigação ao princípio da legalidade, uma possível flexibilização à luz do caso concreto. Logicamente, necessário se perquirir ensinamentos, como da técnica de sopesamento, para que se consiga com a colisão afastar determinado princípio. Com isso, não se tem qualquer pretensão de retirar do ordenamento jurídico princípios, como o da legalidade, porquanto há necessidade de a administração e os administrados respeitarem disposições prescritas pelo legislador. Afinal, os dispositivos legais regem a sociedade e, sobretudo, este princípio é atrelado ao da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

Pois bem, num Estado Democrático de Direito preza-se pela proteção dos administrados, com o fim de concessão de uma segurança acerca das relações jurídicas, até mesmo porque, o STF e o STJ já consideraram o princípio da segurança jurídica como sendo derivado do Estado de Direito. Fora conceituado linhas acima, passagens acerca da ascensão de limitações em face do Estado e, por conseguinte, uma expansão de direitos. Afinal como bem explicitado em um interessante trabalho, Cabral (2020) explica:

Primeiramente, devemos deixar claro que é importante ao Estado de Direito tornar estáveis, de alguma forma, os efeitos pretéritos dos atos praticados no passado, sejam eles atos estatais ou atos privados. A segurança jurídica através da estabilidade dos atos já aperfeiçoados é algo que deve ser preservado e incentivado como fator de previsibilidade a permitir que os indivíduos programem suas

vidas e suas relações jurídicas e econômicas sem receio de alterações normativas inesperadas. (CABRAL, 2020, p. 23)

Logo, e não é de hoje, é através do sistema contencioso que são exaradas decisões que visam cada vez mais assegurar e proteger os cidadãos com o fim de tutelar interesses destes, afinal as pedras de toques do Direito Administrativo, quais sejam, o princípio da supremacia do Direito público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público não necessariamente suprimirão os interesses de um administrado no caso concreto. Isso porque, a visão utilitarista se torna cada vez mais em queda, tendo em vista que todo o Direito Contemporâneo se sujeita a uma filtragem constitucional, de modo a conservar relações jurídicas consolidadas mesmo que na sua origem tenham desrespeitado certos requisitos para a sua concessão. Afinal, deve ser assegurado no plano concreto a segurança de tudo que foi constituído em atos passados. Entretanto, isso não significa conferir estabilizações de forma absoluta, mas se respeitado requisitos e, principalmente, sob o manto da boa-fé, o administrado deve ser merecedor de toda tutela estatal e garantir os efeitos jurídicos traçados ao longo de um decurso temporal.

## **2.1 Instrumentos estabilizadores no ordenamento jurídico brasileiro**

Brevemente, pode-se traçar alguns estabilizadores, com o fito de ser trazer um panorama de mecanismos aptos a tutelar os administrados, típicas ferramentas que conferem a sensação e trazem à luz do caso concreto a segurança. Temos a preclusão, a coisa julgada e a confiança legítima, sem deixar de lado um dos artigos que mais trazem ao cidadão segurança, qual seja: artigo 54 da lei 9.784/99, o qual será objeto de alguns comentários no último capítulo. (BRASIL, 1999).

A preclusão, conforme travada pelo professor Didier Jr. (2018, p. 490) é definida como “a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz”. Portanto, em certas hipóteses no bojo de um processo, ficam impossibilitados de agir os respectivos sujeitos processuais, visto ser um limitador ao exercício abusivo dos poderes processuais no curso de uma lide, bem como impossibilita que o órgão judicial traga à tona uma discussão, porquanto com a estabilização, insuscetível de retorno qualquer retroação para fins de dirimir controvérsias que já se exauriram. Instituto tão importante para assegurar direitos e garantias dos administrados que o próprio autor DIDIER Jr. (2018, p.491) afirma que não há processo sem preclusão.

Frente à coisa julgada, transcreve-se as palavras proferidas por Didier Jr. (2018):

Primeiramente, considera a coisa julgada uma autoridade. Autoridade é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico, efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência de uma norma jurídica (DIDIER Jr., 2018, p. 591).

Portanto, verifica-se mais um instrumento apto a garantir a indiscutibilidade de uma decisão exarada em um processo, por exemplo, ou seja, mais uma garantia aos cidadãos ao serem submetidos a uma lide em que se discutam direitos.

## **2.2 Da confiança legítima como mais um instrumento estabilizador**

À par dos mecanismos estabilizadores assinalados acima, há de se considerar o substrato subjetivo da segurança jurídica, qual seja, o princípio da confiança legítima. É digno de transcrição as palavras perpetradas por Cabral (2020, p. 27) ao afirmar que esses estabilizadores: “fazem parte de uma constelação de técnicas relacionadas à segurança jurídica”. Como último aqui traçado de um rol extenso, temos o princípio da confiança legítima, como corolário do sentimento de confiança em face de atos emanados pelo Estado.

Conforme preceitua Cabral (2020) temos:

É o princípio da confiança, que atua limitar a retroação de leis contra os indivíduos, ou para restringir a anulação de atos da administração favoráveis aos administrados, que criam expectativas consolidadas de uma conduta por parte do Estado. (CABRAL, 2020, p.27)

O princípio aqui travado, nesse íterim, vem ao encontro da mitigação da regra que há tempos fora estática, qual seja, de que em sede da temática de atos administrativos, só poderia haver em casos de atos eivados de nulidade a sua declaração e, conseqüentemente, a retroação dos seus efeitos, ou seja, com a prolação da decisão que reconhece algum tipo de afronta ao textos legais haveria a obrigatoriedade de expurgar os efeitos auferidos do ato maculado, porquanto atribuído à decisão declaratória efeitos *ex tunc*. Com o fim de terminar de instituir o panorama geral transcreve-se as palavras de Cabral (2020):

“Para a aplicação do princípio, entende-se que deva estar comprovada a prática de atos concretos que apontem a base ou fundamento da confiança. Trata-se de atos de disposição que demonstram que o agente atuou confiando na expectativa criada.” (CABRAL, 2020, p. 26)

Infere-se, portanto, que o instrumento aqui suscitado é uma arma em face de atos administrativos e normas jurídicas que possam surpreender sorrateiramente, em qualquer tempo, de forma abusiva, os administrados em um Estado Democrático de Direito.

A sua gênese, remonta ao Estado Alemão, o ilustre professor Oliveira (2010) explica:

O princípio da confiança legítima nasce e desenvolve-se na Alemanha após a II Guerra Mundial, notadamente a partir da jurisprudência dos tribunais. Atrrelado ao princípio da segurança jurídica (Rechtssicherheit), o princípio da confiança legítima (Vertrauensschutz) foi consagrado inicialmente no célebre caso da “viúva de Berlim”, julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 14 de novembro de 1956. No referido caso, a viúva de um funcionário alemão, que residia na República Democrática Alemã, mudou-se para Berlim-ocidental, após ter recebido a informação, por meio de notificação oficial, de que, com a efetivação da referida mudança, receberia pensão do Estado. A pensão, no entanto, foi posteriormente retirada da viúva, sob o argumento de que a sua concessão descumpriu as normas vigentes. O Tribunal entendeu que, na hipótese, o princípio da legalidade deveria ceder espaço ao princípio da proteção da confiança legítima e que a viúva deveria continuar recebendo a pensão. (OLIVEIRA, 2010, p.84)

O que se extrai da origem do princípio da confiança legítima, é que além da técnica do sopesamento já aceita e instrumentalizada de Alexy, tem-se a flexibilização do princípio da legalidade em sentido estrito frente a outros princípios. Justamente porque a superação no caso concreto deste princípio não se dá abruptamente. Afinal, o princípio da legalidade está ligado também a outros fundamentais do Direito Administrativo, como o da indisponibilidade do interesse público. Logo, de pronto havia sustentações anteriores a origem desse princípio, de que seria dotado de inviabilidade clamar pela manutenção de um ato eivado de nulidade concedido a uma pessoa em face dos interesses da população de forma ampla, sobretudo se pensarmos de forma lógica que uma relação jurídica traçada

de forma ilegal jamais poderia ir ao norte de deixar surtir efeitos para sempre, porquanto violaria a legalidade, o interesse público e a indisponibilidade, por exemplo. Entretanto, o que se orienta com o passar de toda a construção administrativa e, agora, com o suporte constitucional maior, é percebido uma mitigação à regra, ou seja, antes se propugnava que em casos de nulidade deveria haver a retroação dos efeitos, impossibilitando a conservação da relação travada à luz de um ato administrativo nulo. Nos dias atuais, a perspectiva mudou, a confiança que o particular tem para com o Estado, deve ser garantida firmemente. Afinal, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e legalidade, podendo o particular e até mesmo o judiciário se valer de instrumentos para a salvaguarda dos direitos presentes na sociedade.

À par do paralelo traçado da superação de se aplicar a legalidade sobre qualquer outro princípio e, conjuntamente, das disposições acerca da possibilidade de manutenção dos efeitos perpetrados por relações jurídicas firmadas com certas afrontas à lei, o professor Oliveira(2010) na Revista Carioca de Direito explica o desfecho da história da viúva alemã, citando que:

A peculiaridade do julgado, no entanto, está na superação da doutrina tradicional que limitava, eventualmente, os efeitos da anulação de atos administrativos para o futuro (ex nunc), quando esta limitação fosse necessária para a proteção do administrado, excepcionando a regra geral de que a retirada de atos ilegais do mundo jurídico opera efeitos ex tunc. No caso em tela, a decisão deixou de anular o ato ilegal para mantê-lo em vigor, com o respeito aos efeitos produzidos (o Estado permaneceu com a obrigação de pagar pensão à viúva), tendo em vista a prevalência do princípio da proteção da confiança legítima. Percebe-se, a partir do citado precedente, que, na origem, o princípio em comento foi utilizado para limitar a anulação dos atos administrativos que criavam benefícios aos particulares (“proteção da confiança contra legem”). (OLIVEIRA, 2010, p. 84)

Sendo um dos marcos de um novo paradigma do Direito Administrativo, seja no âmbito internacional ou interno, afinal superado está a estática regra geral de que atos eivados de nulidade devem ter os seus efeitos extirpados e não conservados.

Após traçar o maior efeito que fora extraído da aplicação do princípio da confiança legítima no bojo da lide perpetrada na Alemanha, qual seja, a possibilidade de modulação de efeitos e, sobretudo, a salvaguarda de interesses do particular dotado de confiança à frente dos atos emanados pelo Estado, por mais que na sua origem tenha havido no ato de construção algo eivado de vício, é oportuno trazer os requisitos/pressupostos para que o particular possa gozar do mecanismo aqui apresentado. Afinal, não se deve conceder nenhum direito àqueles que utilizam da má-fé para alcançar algum tipo de direito.

Em que pese surgir a relativização de princípios que por tempos tinham um caráter imutável, não se pode por outro lado aplicar de maneira ampla e a todo custo o princípio da confiança legítima sob pena de se incorrer num prejuízo ao sistema. Por isto, faz-se oportuna a explanação dos pressupostos de aplicabilidade. O professor Oliveira trazendo os ensinamentos de Jesús Gonzáles Pérez, preceitua os seguintes requisitos:

- a) ato da Administração suficientemente conclusivo para gerar no administrado (afetado) confiança em um dos seguintes casos: a.1) confiança do afetado de que a Administração atua corretamente; a.2) confiança do afetado de que a sua conduta é lícita na relação jurídica que mantém com a Administração; ou a.3) confiança do afetado de que as suas expectativas são razoáveis; b) presença de “signos externos”, oriundos da atividade administrativa, que, independentemente do caráter vinculante, orientam o cidadão a adotar determinada conduta; c) ato da Administração que reconhece ou constitui uma situação jurídica individualizada (ou que seja incorporado ao patrimônio jurídico de indivíduos determinados), cuja durabilidade seja confiável; d) causa idônea para provocar a confiança do afetado (a confiança não pode ser gerada por mera negligência, ignorância ou tolerância da Administração); e) cumprimento, pelo interessado, dos seus deveres e obrigações no caso. (PÉREZ, 2004, p. 69-74 apud OLIVEIRA, 2010 p. 87)

Prevê, portanto, um respeito aos trilhos para fins de gozo dos efeitos advindos da aplicação do princípio da confiança legítima, em que pese ser atrelado a um juízo por vezes individual acerca da boa-fé, necessário se faz uma construção de requisitos dotados de objetividade, porquanto apesar de ser um substrato subjetivo da segurança jurídica, a confiança deve ser pautada em, por exemplo, na ideia de que aquele ato emanado pela administração tenha aparência concreta de legalidade, justamente porque há uma presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos. Conjuntamente, esse



sentimento não pode ser calcado num juízo de aproveitamento em face do Estado, visto não haver gozo de efeitos benéficos quando presente a negligência, ignorância ou tolerância da administração. Afinal, não se resguarda os interesses daqueles que agem com a má-fé, em que pese haver uma superioridade Estatal. Nesse sentido, o particular não pode se utilizar de um escudo de vulnerabilidade para fins de constituir direitos que não deveriam ser deferidos quando da origem do nascimento do ato. Portanto, vislumbra-se também, características objetivas, como a constituição de uma situação jurídica individualizada que geram efeitos que se prolatam no tempo, como o ato de concessão de aposentadoria, a boa-fé do administrado que cumpriu com os seus deveres para com o Estado, dentre outros.

Logo, à par dessa construção de respeito a pressupostos objetivos para uso e gozo desse princípio como instrumento de estabilidade de atos emanados pelo Estado, a doutrina preenche mais requisitos. Nesse caso, perpassa pela concepção de juízo de pressupostos negativos, ou seja, necessário que não estejam presentes para fins de concessão, diferentemente dos expostos trazidos linhas acima que clamam pela existência na situação em concreto. Nessa seara, traz o professor Oliveira (2010, p.88):

a) não se pode falar em confiança legítima nas hipóteses de má-fé do administrado. Para que a confiança seja legítima é essencial, como já assinalado, a boa-fé do administrado. Não se pode conceber a existência de expectativas legítimas em relação ao administrado que atua com má-fé, hipótese contrária ao direito. Vale, aqui, o princípio segundo o qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Ao tratar do princípio da proteção da confiança, Pedro José Jorge Coviello assinala que “la buena fe es su componente esencial y prácticamente liminar, presto que sin ella no es procedente invocarla”. O administrado não pode atuar (ex: prestar informações falsas ou concorrer para prática de ilegalidade, com o intuito de beneficiar a si próprio ou terceiros) ou se omitir (ex: não prestar as informações relevantes e necessárias para correta decisão administrativa) com o propósito de enganar o Poder Público. b) não pode existir mera expectativa de direito por parte do administrado. É verdade que o princípio da proteção da confiança não se resume às hipóteses em que exista direito adquirido do administrado, caso

específico protegido expressamente pelo art. 5º, XXXVI, da CRFB. O princípio em tela tem uma elasticidade maior e alcança as situações ainda não consolidadas no patrimônio do particular. Isto não quer dizer que a simples expectativa do particular em relação à determinada atuação administrativa seja suficiente para invocação do princípio. É essencial que a expectativa seja “qualificada”, o que depende da presença dos requisitos elencados anteriormente. (OLIVEIRA, 2010, p. 88)

Portanto, a aplicação deve ser calcada em uma boa-fé do administrado, porquanto um dos pressupostos negativos é justamente a má-fé, como dito acima não se deve trilhar e garantir direitos nascidos sob o manto do dolo e da esperteza.

Para fins de complementação e, posteriormente, traçar a importância do princípio da confiança legítima de forma concreta no bojo da maior Corte do país, necessário tecer palavras acerca do poder de autotutela como meio de conflito com o mandado de otimização por aqui explicado. Afinal, o nascimento no teor do julgamento da pensão da viúva alemã remonta justamente a ideia de que o Estado à época quis se valer desse poder-dever de revisão e viu-se limitado devido a aplicação do princípio da confiança legítima. Trazendo para o ordenamento jurídico interno esse poder-dever de revisão é consagrado até mesmo por súmula, conforme explicita a 473 do STJ:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (STJ, 2013)

Em acréscimo à bela explanação acerca do poder-dever no parágrafo anterior, em acréscimo tem-se o professor Carvalho Filho (2017), o qual, perfeitamente, leciona:

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só

restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários. Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário que também as previna, evitando-se reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 55)

Logo, diante estamos, de um poder-dever que é inerente as funções da administração pública para fins de salvaguarda dos direitos da sociedade, neste caso, o patrimônio público. Afinal, cabe ao Estado tutelar por este, justamente porque não é o titular e, sim, um depositário para organizar devidamente a sociedade. Com o fito de fazer valer princípios como o da legalidade e, neste caso, sobretudo o da indisponibilidade do interesse público, deverá rever, principalmente, atos de concessão de direitos que causem efeitos e ônus ao patrimônio que se prolatem no tempo.

Cumpra salientar, brevemente, que o poder-dever de autotutela é de suma importância, porquanto a gênese do conflito do princípio aqui tratado é justamente nesse teor de o Estado rever atos emanados com vício de ilegalidade. E fazendo uma ponte do que será explanado no último capítulo deste trabalho, necessário explicitar as palavras do professor Oliveira (2010, p. 89) ao dizer que: “na anulação, o controlador realizará a ponderação de interesses para resolver o conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção da confiança”. Dessa forma, tem-se o fito de não aplicar uma retroação de efeitos a qualquer custo com amparo na legalidade e causar ao administrado um prejuízo ao patrimônio que adquirira com força da boa-fé e, sobretudo, com um juízo de confiança de um ato que é dotado de legalidade, legitimidade e veracidade, porquanto emanado do Estado de forma unilateral. E continua:

Por esta razão, o art. 54 da Lei n. 9.784/99,34 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública anule os seus atos administrativos que gerem efeitos favoráveis ao administrado. Quanto aos atos restritivos ou ablativos, o prazo decadencial não tem incidência. (OLIVEIRA, 2010, p. 89)

Após realizar um panorama acerca da gênese do princípio aqui travado, expondo os pressupostos necessários para o seu gozo, oportuno se faz trazer o atual entendimento jurisprudência do STF para fins de ulterior consagração do Recurso extraordinário objeto do presente estudo.

Como hipótese de aplicação do princípio da confiança legítima, interessante um caso em que a corte examinara os efeitos que poderiam ser mantidos ou não acerca de um ato que foi deferido a um servidor que se valera à época de modalidades de provimento, as quais que tiveram ulterior declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, hipótese em que uma situação fora travada em um dispositivo que feria o princípio constitucional do concurso público, previsto no artigo 37, II da Carta Maior e, mesmo assim, a conservação fora a decisão equânime. Nesse sentido, preconiza o relator Velloso em sede de Recurso Extraordinário 442.683/RS:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: PROVIMENTO DERIVADO: INCONSTITUCIONALIDADE: EFEITO EX NUNC. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. I. - A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, art. 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. **Acontece que, à época dos fatos 1987 a 1992, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17.02.1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito ex nunc, a eficácia do art. 8º, III; art. 10, parágrafo único; art. 13, § 4º; art. 17 e art. 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998:** ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25.6.1999. II. - Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito ex nunc para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - RE conhecido, mas não provido. (BRASIL, 2006,p.1)

Portanto, em que pese um ato emanado com base em um dispositivo que posteriormente fora declarado inconstitucional, que previa a ascensão e transferência, é possível com a escorreita aplicação do princípio da confiança legítima a manutenção dos

seus efeitos desde a sua origem. Apesar de a ementa não declarar expressamente a confiança legítima, sabe-se que emana da segurança jurídica.

Outro julgado que se colaciona para abrilhantar ainda mais a presente pesquisa é o do ministro Roberto Barroso, em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 923.985/MG:

Como se sabe, 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 (BRASIL, 2017, p.2).

Inferre-se, portanto, a importância de salvaguarda de interesse dos administrados atuando em face de eventuais novas interpretações jurídicas e, sobretudo, frente a efeitos jurídicos de atos considerados inválidos posteriormente. Afinal, em que pese a administração poder ser valer do princípio da autotutela com respaldo na legalidade, não poderá agir de qualquer forma e expurgar o sentimento de confiança do cidadão, banalizando-o.

O ministro não se limita em afirmar que os efeitos de tal princípio ficam restritos à seara administrativa e, conjuntamente, preconiza a sua atuação no âmbito judicial, ao pautar:

A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. Nada obstante a potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parece razoável

restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, pois a invalidação da ascensão em cargo público ocorrida há anos pode, presentes determinadas condições, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica. (BRASIL, 2017, p.3)

Visível a importância da ascensão dessa ferramenta por aqui exarada para fins de tutelar os interesses dos cidadãos. Ao lado de instrumentos expressos na Constituição Federal, como direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, fruto da faceta objetiva da segurança jurídica, ascende nos julgados brasileiros a ascensão da faceta subjetiva. Tornando-se constelações para fins de tutela do sentimento de confiança em um Estado Democrático de Direitos, onde não há mais espaço para o arbítrio Estatal. Como forma de demonstrar a vinculação que a confiança legítima tem com outros institutos importantes, é visto abaixo o elo entre um dos princípios mais importantes do Direito Administrativo, qual seja, o da teoria do fato consumado com o princípio aqui trabalhado.

### **2.3 Elo entre a confiança legítima e a teoria do fato consumado**

Para fins de complementação, colaciona-se o ensinamento acerca do elo entre o princípio da confiança legítima e a teoria do fato consumado com a jurisprudência recente do STJ, em um breve apontamento, para se imiscuir no objeto do RE 636.553 aqui ulteriormente tratado.

Sabe-se que quando a matéria é a entrância no serviço público através de liminar judicial, o administrado (vide concurseiro) possui um título precário, sendo suscetível de ulterior reforma e, conjuntamente, sua exoneração, por mais que haja passado um grande lapso temporal. No entanto, há decisões que norteiam pela flexibilização, em hipóteses excepcionais, porquanto a restauração da estrita legalidade geraria um prejuízo maior que clamar pela manutenção dos efeitos perpetuados ao longo do tempo. É interessante termos em mente que é uma exceção. Logo, valendo-se dos ensinamentos da ColendaCorte Constitucionalem sede de segundo Ag. Reg. No RE com agravo 950.586/BA, transcreve-se:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCEÇÃO TEORIA FATO CONSUMADO. 1. A desconstituição do ato de promoção do

impetrante representa clara violação aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, situação que se enquadra na excepcionalidade reconhecida no julgamento do RE 608.482-RG [...] (BRASIL, 2019, p.1).

Logo, em que pese não sejam sinônimos os efeitos são coincidentemente os mesmos, e numa visão mais geral são como irmãs decorrentes do raio maior, que é a segurança jurídica. Conforme preceitua o professor Carvalho Filho:

É certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela “teoria do fato consumado”, isto é, em certas ocasiões melhor seria convalidar o fato do que suprimi-lo da ordem jurídica, hipótese em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas. [...] (CARVALHO FILHO, 2017, p. 57).

Para a escoreita finalização, mais uma vez para fins de assegurar os legítimos interesses pautados na boa-fé dos administrados proclama-se pela manutenção dos efeitos adquiridos. A segurança jurídica donde se deriva diversos institutos estabilizadores é de fundamental importância para o Estado de Direito. Afinal, devem ser tutelados em maiores medidas as expectativas dos administrados. É ter no bojo da consciência social que não há mais espaço para um viés utilitarista, porquanto vive-se num Estado constitucional, em que a salvaguarda de interesses não deve ser apenas em prol da maioria, mas também da minoria.

### **3- O PAPEL DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E O RE 636.553/RS**

A par da construção linhas acima acerca da importância principiológica, realizado os traços para fins de aplicação do princípio da confiança legítima e expondo sua gênese, é interessante trazermos o elo da origem do princípio com o julgamento do RE 636.553/RS, que traduz a importância da superação do anterior entendimento frente as concessões de aposentadoria, reforma e pensão aos servidores públicos, valendo-se do mandado de otimização por aqui exposto para manutenção dos interesses legítimos.

Sabe-se que o surgimento do princípio da confiança legítima, corolário da segurança jurídica, foi explicitado em julgamento acerca da manutenção de uma pensão

concedida a uma viúva decorrente de um ato maculado em sua origem. Preservou-se com a ponderação realizada a continuação da relação jurídica construída mesmo que proveniente da concessão de ato eivado de nulidade, afastando, por conseguinte, o princípio da legalidade conflitante à época.

Quando trazido aos dias atuais, não se esgotando no exemplo redigido a seguir, porquanto visto algumas linhas acima, percebe-se cada vez mais a influência da confiança legítima para salvaguardar direitos que foram consagrados por relações jurídicas perpetradas anteriormente com aparente legalidade, mesmo que intrinsecamente algo estivesse viciado.

Pois bem, no ano de 2020, há uma mudança de entendimento exposta no Recurso Extraordinário aqui apontado, justamente para que haja uma salvaguarda maior na legítima confiança do cidadão-servidor para com o Estado. Trata-se, agora, de um novo marco que o Tribunal de Contas goza para fins de concessão da aposentadoria, pensão e reforma daqueles que legitimamente clamam. Superando o entendimento de que não havia prazo para o Tribunal de Contas apreciar a legalidade do ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma ou pensão para: **o Tribunal de Contas possui o prazo de 5 anos para apreciar a legalidade do ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma ou pensão**. Apontando, portanto, a necessidade de se respeitar um lapso temporal, visto que com a inércia haverá a perda da possibilidade de apreciação da legalidade e, com isto, haverá a manutenção e consagração dos efeitos já gozados por aqueles destinatários do ato inicial de aposentadoria pelo primeiro órgão responsável pela formação desse ato complexo, efeitos estes dotados, inicialmente, de provisoriedade.

Para fins de contextualização, salutar se faz trazer que um ato de concessão, o qual envolva aposentadoria, pensão e reforma tenha a natureza de ato complexo. Conforme explicita os professores Alexandrino e Paulo:

É o que necessita para sua formação, da manifestação de vontade de dois ou mais diferentes órgãos ou autoridades. Significa que o ato não pode ser considerado perfeito com a manifestação de um só órgão ou autoridade. (ALEXANDRINO; PAULO, 2019, p.542)

Portanto, a sistemática que se deu neste emblemático caso aqui trazido, reflete consequências aos dois lados do polo. Para o Estado, sob o comando das Cortes de Contas, haverá a perda da chance de obstar que os efeitos de um ato ilegal se perpetuem no tempo. Dessa forma, para o administrado de boa-fé, os efeitos ficarão consagrados,



porquanto a confiança para com o Estado de que seus atos gozam de presunção de legitimidade devem gerar no plano fático uma continuação dos efeitos proliferados.

Com a perda do tempo sedimentado com o novo julgamento, serão salvaguardados todos os direitos daqueles que legitimamente confiaram no Estado, ou seja, os efeitos prodrômicos serão perpetuados no tempo, tornando-se impossibilitado o Tribunal de Contas de realizar qualquer análise, justamente para que não seja banalizada a segurança jurídica, com eventual retroação dos efeitos sob a égide da legalidade. Havendo a relação de que mesmo que desrespeitados supostos requisitos legais, os efeitos produzidos serão respeitados pelo decurso do tempo, nada podendo fazer contra o beneficiário de boa-fé, salvo em flagrante inconstitucionalidade. Afinal, com a chegada dos autos na Corte de Contas, é dado um lapso razoável para averiguação da legalidade. Ora, estamos diante de um elo de uma questão similar que à época surgiu referente a impossibilidade de extirpar os efeitos gozados pela viúva alemã de boa-fé, porquanto decorrerá à época um decurso temporal significativo, com o entendimento atual da maior corte do país, que concede aos casos não só de pensão, mas também de aposentadoria e reforma, a consagração de que o decurso do tempo acaba por flexibilizar a retroação de efeitos e princípios, mesmo o da legalidade, porquanto necessário tutelar os administrados, conservando os efeitos surgidos de uma relação jurídica baseada na boa-fé da parte mais vulnerável, ou seja, do particular. Fixando a tese, o STF decidiu quando do julgamento do Recurso Extraordinário 636.553/RS:

"Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas". (BRASIL, 2020, p. 2)

Reflete-se, portanto, mais uma vez o choque de que os atos que firmam disposições previstas na lei devam ser anulados com a ideia de manutenção de certos efeitos decorrente destes atos, para compatibilizar com o Estado de Direito. A situação trazida não reflete o instituto da revogação e anulação propriamente dita, porquanto o ato ainda não se tornou perfeito, ou seja, não completou o seu ciclo de formação. Porém expõe que no transcorrer da análise da legalidade, um momento anterior, deva ser delimitado um lapso temporal a fim de que o Estado não se escuse do seu dever e o use ulteriormente de forma

discricionária e, conseqüentemente, traga um prejuízo ao administrado e, de forma reflexa, ao Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, o ministro Mendes com toda a sua clareza proferiu um voto contrário ao que definitivamente propôs posteriormente no célebre julgamento do RE636.553/RS, afirmando:

O Tribunal de Contas da União não está adstrito ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão. Todavia, caso ultrapassados mais de cinco anos do recebimento pela Corte de Contas do referido procedimento, sem que tenha havido a apreciação de sua legalidade, deve ser assegurado aos interessados o uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL, 2020, p. 9)

O ministro, de certa forma, coadunou-se, inicialmente, a assegurar o anterior entendimento da corte, exarando voto no sentido de não preceituar qualquer lapso temporal para apreciação de legalidade do ato e, conseqüentemente, torná-lo perfeito. Preconizou apenas que ultrapassado o lapso temporal decadencial de 5 anos, deve-se assegurar o contraditório e ampla defesa. Soa, um tanto legalista, deixando de lado qualquer consideração acerca do que fora exposto posteriormente.

Com a devida vênia, o entendimento exarado acaba por confrontar a evolução de toda construção dogmática e jurisprudencial do decorrer de diversos anos, afinal como salutar se faz apontar, é necessário que haja uma estabilização das relações jurídicas perpetradas, sob pena de frustrar o Estado de direito, ou seja, de descartar a segurança jurídica. Sabe-se bem que acima foram arroladas diversas ferramentas que garantem essa segurança. A decisão de consagrar a inércia, só traz prejuízo, ainda mais se ultrapassado um lapso temporal consideravelmente esparso. Afinal, caso haja a aplicação da legalidade em sentido estrito, porquanto inicialmente é dever afastar as relações maculadas por atos ilegais e, como consequência, a extirpação de todos os efeitos inicialmente concedidos devido a retroação dos efeitos, àqueles administrados que já estão no gozo dos efeitos prodrômicos serão lesados de tal forma que estará em xeque toda a construção acerca da confiança, boa-fé e, sobretudo, o da segurança jurídica.

Mendes (BRASIL, 2020, p. 63) após ter havido a retomada do julgamento, de forma brilhante, colecionou diversas passagens doutrinárias a fim de embasar seu voto e mudar

de entendimento, expondo tanto a origem do princípio da confiança, como evoluções deste instituo em diversos outros países. Citando os ensinamentos de Karl Larenz no bojo do mesmo RE aqui explicitado, porquanto este colecionou ensinamentos acerca da matéria do presente trabalho aqui apresentado, expôs:

O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.(LARENZ, 1985, p. 91 apud MENDES, 2020, p.63)

E continua trazendo as explicações do jurista e filósofo alemão:

Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa-fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público. (LARENZ, 1985, p. 95-96 apud MENDES, 2020, p. 63-68)

Ora, fora do berço do direito alemão que surgiu e sacramentou a superação de o Estado revogar a qualquer tempo os atos administrativos, mesmo que eivados de vícios, conjuntamente, o direito brasileiro aos poucos tomou o rumo de aplicação dessa construção. Basta ver as explanações de Couto e Silva trazidas por Mendes, tecendo comentário dessa construção do direito brasileiro:

“MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado ‘Revogação e Anulamento do Ato Administrativo’ em capítulo que tem por título ‘Nulidade e Temporalidade’. Depois de salientar que ‘o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia’, diz ele que ‘é mister distinguir duas hipóteses: (a) a deconvalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do

benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)”. (COUTO E SILVA, 1988, p. 11-29 apud MENDES, 2020, 62)

Com isto, chega-se a uma percepção que o voto exarado logo em seguida por Mendes, mudaria a posição anteriormente adotada, afinal correta é a solução para o norte do caminhar da segurança jurídica, mesmo que algo na origem estivesse manchado. O sentido de um fechar de olhos e aplicar a legalidade absoluta, é o caminho para o retrocesso e, conjuntamente, um artefato perigoso a toda construção dogmática do Direito Administrativo brasileiro, porquanto o estudo dos manuais fornece características intrínsecas aos atos unilaterais emanados do poder do Estado, sobretudo, a garantia de presunção de legalidade e legitimidade. Portanto, não pode as decisões em um Estado de direito serem contraditórias ao próprio Direito, porquanto essência da relação da sociedade harmônica. Ademais, frustrar as expectativas criadas pelo cidadão quando da consagração de uma relação jurídica advinda de um ato administrativo com presunção de legalidade, é um tanto temerária.

Logo, Mendes, após trazer todo o arcabouço construtivo apontado para a tutela da segurança jurídica e, o seu substrato subjetivo, a confiança legítima, entende por salutar firmar um lapso temporal para aferição da legalidade pela corte de contas, mudando o seu posicionamento inicialmente exarado. Nesse sentido, percebe-se, um grande acerto. Afinal, fora construído com o passar dos anos a ascensão da importância dos princípios, com o advento do pós-positivismo. A ética, moral, confiança e demais sentimentos devem estar apostos nas relações jurídicas, seja entre particulares, seja entre o Estado e o particular. É notório que o sopesamento deve ser trazido à baila de toda discussão, sobretudo nas situações mais sensíveis, justamente para fazer valer com a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, a melhor sobreposição de um princípio em face do outro, sem, contudo, extirpá-lo, afinal não vigora aqui a sistemática do *all or nothing* (tudo ou nada) aplicável as regras. Por isto, salutar é a manutenção dos efeitos ilegais, mesmo que haja afastamento de princípios de máximo toque no direito administrativo, como o da indisponibilidade e interesse público.

Para fins de conclusão da contraposição realizada por Mendes, que genialmente pôs sobre um plano máximo a segurança jurídica e a confiança. Trouxe a delimitação do prazo de 5 anos. Em que pese o artigo 54 da lei 9.784/99 (BRASIL, 1999, p.7) trazer um prazo decadencial de cinco anos que caso não respeitado, gera a consagração de efeitos anteriormente traçados, o ministro entendeu que não é exatamente este o aplicável, embora o lapso temporal seja o mesmo. Vejamos:

Assim, apesar de entender que a concessão da aposentadoria é ato complexo e que o art. 54 da Lei 9784/1999 não se aplica diretamente à hipótese, parece-me que, por motivos de segurança jurídica e necessidade da estabilização das relações, é necessário fixar-se, por analogia, um prazo para que a Corte de Contas exerça seu dever constitucional. (BRASIL, 2020)

Valendo-se da analogia, Mendes expôs que o melhor entendimento é a utilização do Decreto 20.910/1932:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. (BRASIL, 1932, p.1)

E continua:

Ora, se o administrado tem o prazo de 5 anos para buscar qualquer direito contra a Fazenda Pública, também podemos considerar que o Poder Público, no exercício do controle externo, teria o mesmo prazo para rever eventual ato administrativo favorável ao administrado. Podemos citar ainda a utilização do prazo de 5 anos pela Lei 9.873/1999 (que dispõe sobre a “prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta”), bem como a própria Lei 9.784/1999, que, apesar de não se aplicar diretamente ao caso, pode servir de diretriz para a fixação de prazo razoável ao Tribunal de Contas. (BRASIL, 2020, p. 66)

Portanto, fora sedimentado o lapso temporal finalmente para fins de averiguação da legalidade do ato para formação da concessão da aposentadoria, reforma e pensão. Entendimento que consagrou em mais um julgado a confiança legítima. Trazendo à baila um movimento fulcrado no pós-positivismo, sopesamento e, sobretudo, na salvaguarda de efeitos de relações jurídicas travadas sob à égide da boa-fé.

Só para fins de sistematização, se o Tribunal de Contas, conforme o novo entendimento, demorar mais de 5 anos para apreciar a legalidade, ele não mais poderá

rever. Quando findado o lapso, a aposentadoria, reforma e pensão estarão consolidadas, ou seja, efetivamente haverá o registro.

Percebe-se, portanto, que caso haja inércia, os efeitos produzidos desde o juízo de valor do primeiro órgão serão mantidos. Ou seja, aqueles efeitos prodrômicos serão perpetuados no tempo, mesmo que na origem tenha havido um descuido frente à legalidade, não podendo de forma ulterior aos 5 anos querer expurgar os efeitos sob o manto do poder-dever de autotutela, amparado na legalidade. Afinal, como visto, a ponderação escorreita com o uso da confiança legítima para salvaguardar a segurança jurídica é o movimento apto para estabilizar determinados efeitos, mesmo que estes tenham sido ilegais.

À par de todo o transcurso por aqui construído, é certo que o princípio da confiança legítima entra em choque, no caso concreto, com aqueles que fizeram parte de um globo de insuscetível mitigação por longos anos, como o da indisponibilidade do interesse público e supremacia, sem deixar de lado, o legalismo estrito. É visto que com as devidas moderações, há de se ter em mente que o Direito Administrativo contemporâneo é calcado na sua constitucionalização, como explicitado por Oliveira (2017, p.82): “os princípios devem ser ponderados a fim de ser extraído um melhor aproveitamento”. O interesse público não é mais um dado estático, devendo ser sopesado para fins de não cairmos em um ciclo utilitarista e prejudicial ao indivíduo. Afinal, por vezes, o interesse privado do indivíduo deve prevalecer sobre o interesse público secundário, este que é o interesse do Estado propriamente dito. Logo, com no Recurso Extraordinário é sabido que há um encaminhamento para decisões que salvaguardem aqueles administrados que atuem de boa-fé, ou seja, uma atuação jurisprudencial que visa instituir um lapso temporal para validade a legalidade sob pena de haver a perpetuação de efeitos formalmente ilegais.

Logo, percebe-se a amplitude da utilização de mais um instrumento de estabilização que se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Dessa forma relativização de princípios como o da legalidade é pertinente atualmente. A explanação do Ministro Mendes reflete a indiscutibilidade do avançar para a demarcação de um tempo para fins de utilização do poder-dever de autotutela do Estado, a salvaguarda de sentimentos, sobretudo no caso exposto, o da confiança, devem ser assegurados em um mundo pós-positivista, não há mais espaço para um legalismo estrito absoluto, sob pena de frustrar a segurança jurídica. Afinal, o Estado só existe por um pacto contratualista dos seus próprios habitantes, a morada de irresponsabilidade não guarda mais guarida, o Estado deve suportar a inércia e respeitar os seus institutos, princípios e suas relações. A técnica hermenêutica de Alexy deve estar encruada no bojo dos Tribunais brasileiros, devendo

valer dos subprincípios arrolados anteriormente para a escorreita fundamentação e predileção de um princípio a luz do caso concreto, justamente para proferir a melhor decisão. Portanto, efeitos ilegais, não todos, devem ser conservados, a retroação de efeitos já não encontra em um mecanismo irrestrito, a modulação de efeitos é o instrumento que avança em um Estado que preza pelo justo.

## **CONCLUSÃO**

O Direito Administrativo, assim como os demais ramos do Direito, avança no sentido de melhor moldurar as relações jurídicas. É sabido que o fenômeno da filtragem constitucional, ou seja, a leitura de todo o direito infraconstitucional à luz da Carta Maior acarretou num processo de transformar todo o ordenamento jurídico num palco de efetividade à par da ética e da moral.

É trivial apontarmos a importância que o pós-positivismo acarretou para todo o ordenamento jurídico. A ascensão principiológica, a ética e a moral novamente no bojo do ordenamento jurídico fazem refletir acerca de novos mecanismos a fim de salvuardarmos os interesses legítimos dos cidadãos. Passa-se, portanto, a melhorar a visão frente aos processos de mudanças sociais.

O princípio da confiança legítima, trazido no bojo de uma decisão em uma lide no ordenamento jurídico alemão, previu a flexibilização do princípio da legalidade, ou seja, travou-se um marco importante para um avançar do Direito. Afinal, o legalismo estrito não deixou, de certa forma, belas lembranças. Portanto, o movimento de elevação dos princípios, espécie de norma jurídica, tornou-se um mecanismo para solucionar casos concretos.

Previu-se, portanto, que num Estado Democrático de Direitos a visão utilitarista de que há uma superposição dos interesses da maioria frente aos da minoria não possuem mais tanto relevo. Afinal, no caso concreto, é possível o afastamento de princípios como o da legalidade, indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Ora, com o avançar da aplicação de mecanismos estabilizadores, sobretudo o da confiança legítima, objeto do trabalho, nota-se que quando há o preenchimento de certos requisitos, possível se torna a estabilização de efeitos evados de ilegalidade, afastando, por exemplo, o poder-dever de autotutela do Estado, que prevê a obrigatoriedade de expurgar atos emanados de nulidade.

Após todo estudo exposto, as considerações de última monta a serem feitas é a necessidade de um Estado Democrático de Direitos cada vez mais trazer instrumentos que visem salvaguardar os interesses dos cidadãos, em prol de não frustrar a confiança e tutelar pela segurança jurídica. É notório cada vez mais, portanto, a aplicação do princípio aqui exarado como ferramenta a afastar outros que por tempos, tinham uma flexibilização inexistente. O princípio da confiança legítima torna-se um máximo instrumento de estabilização de relações jurídicas e norte interpretador, sua aplicação correta é apta a continuar a ser cada vez mais uma grande ferramenta idônea no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 27. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

BRASIL. **Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 8 de janeiro de 1932. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D20910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm) . Acesso em 25 de maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 1 de fevereiro de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 25 de maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EMB.DECL. NO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 859.766**. Embargante: Estado do Amapá. Embargado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12556885>>. Acesso em 25/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 442.683/RS**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: União. Rel. Min. CARLOS VELLOSO. Segunda Turma, Brasília, DF, 13 de agosto de 2005. Diário da Justiça, Brasília-DF, 24 de março de 2006.



Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368474>. Acesso em 20 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 950.586**. Agravante: Estado da Bahia. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, Brasília DF, 31 de Maio de 2019. Diário de Justiça, 19 de Junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750131574>. acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EMB.DECL. NO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 859.766**. Embargante: Estado do Amapá. Embargado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12556885>. Acesso em 25/05/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 636.553/RS**. Recte.(s): União. Recdo: João Darci Rodrigues de Oliveira. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2020. Diário da Justiça, Brasília- DF, 26 maio de 2020. Disponível em <[file:///C:/Users/mavir/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/texto\\_15343179700%20RE.pdf](file:///C:/Users/mavir/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/texto_15343179700%20RE.pdf)> . Acesso: 20/05/2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art.23 da LINDB**. Salvador: Juspodivm, 2020.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O Tribunal de Contas tem o prazo de 5 anos para julgar a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, prazo esse contado da chegada do processo à Corte de Contas**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b47767f992ce8624345aca182b76b202>>. Acesso em: 25/05/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 473-STJ**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0b105cf1504c4e241fcc6d519ea962fb>. Acesso em: 26/05/2021

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. **Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LACERDA, Danilo Moura. **O princípio da proteção à confiança legítima como limite à anulação dos atos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Revista Carioca de Direito**: O princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro, V.1, p. 83-98, Jan/Jun. 2010.

## **IMPUTABILIDADE X INCAPACIDADE: A CONTROVÉRSIA ESTABELECIDADA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

**DANIELLE GONÇALVES SILVA:**

Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Belo Horizonte-  
UNIBH

**RESUMO:** Desde os primórdios, discutiu-se bastante acerca das capacidades dos cidadãos na comunidade jurídica, trazendo assim conceitos sobre responsabilidades nas searas civis e penais. O deficiente mental, no passado, era visto como uma personalidade sem capacidades e responsabilidades perante seus atos. Entretanto, com a evolução da sociedade e do ordenamento jurídico, a visão das capacidades vem mudando e ampliando as responsabilidades, como comprova o Estatuto do Deficiente. Entretanto, a questão da inimputabilidade do deficiente continua intocável, embora sofrer mitigação a depender do caso. Nosso trabalho objetiva discutir a controvérsia normativa que existe entre a capacidade civil e a inimputabilidade penal do deficiente, com o advento do estatuto e a ilustração de um caso concreto.

**ABSTRACT:** Since the beginning, there has been a lot of discussion about the capabilities of citizens in the legal community, thus bringing concepts about responsibilities in civil and criminal fields. The mentally handicapped, in the past, was seen as a personally without capacities and responsibility for their actions. However, with the evolution of society and the legal system, the vision of capabilities has been changing and expanding responsibilities, as evidenced by the Disabled Statute. However, the issue of the non-imputability of disabled remains untouchable, although it will be Mitigated depending on the case. Our work aims to discuss the normative controversy that exists between the civil capacity and the criminal non- imputability of the disabled, with the advent of the statute and the illustration of a concrete case.

**Palavras- chave:** Inimputabilidade Penal. Capacidade Civil. Estatuto do Deficiente. Deficiente mental. Ordenamento Jurídico.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A DEFICIENCIA MENTAL SOB O ENFOQUE DO DIREITO BRASILEIRO. 2.1 CONCEITO. 2.2 TRATAMENTO DO DEFICIENTE MENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 A IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL. 3.1

QUEM SÃO OS IMPUTÁVEIS E INIMPUTÁVEIS. 3.2. IMPUTAÇÃO MITIGADA E SUAS HIPÓTESES EM RELAÇÃO AO DEFICIENTE MENTAL. 4 IMPUTABILIDADE X CAPACIDADE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO. 4.1 O CONCEITO DE DEFICIENTE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL. 5 A PROBLEMÁTICA DA CAPACIDADE DO DEFICIENTE MENTAL E SUA NÃO RESPONSABILIDADE PENAL. 6 A RESPONSABILIDADE JURIDICA DOS DEFICIENTES MENTAIS APLICADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. 7 CONCLUSÃO. 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

É sabido que as transformações ocorridas na sociedade têm o condão de modular a visão jurídico-normativa no que tange à interpretação, revogação ou reprimenda das leis no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, temos dois institutos de suma importância que servem como bússola para a boa gestão da vida em comunidade, a capacidade e a imputabilidade, sendo importante para o presente estudo distingui-los vez que, embora vigorem em áreas distintas do direito, às vezes são analisados conjuntamente.

Segundo Viegas e Cruz (2018), a capacidade civil é a aptidão para o indivíduo praticar por si os atos da vida civil, sendo que o Código Civil de 2002, disciplina quem as possui e as consequências dos atos praticados em caso de incapacidade.

Por sua vez, a imputabilidade é instituto de Direito Penal e se refere à capacidade do indivíduo de entender as consequências da prática de uma conduta típica e ilícita e, assim, ser submetido à sanção penal. A lei penal brasileira estabelece a imputabilidade penal aos 18 anos presumindo, de forma absoluta, a inimputabilidade dos menores de tal idade<sup>127</sup>. Lado outro não obstante maiores de 18 anos, podem ser também inimputáveis os indivíduos que, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não tenham condições de discernir sobre o caráter ilícito do fato<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Art. 27. CP: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

<sup>128</sup> Art. 26, CP: É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ainda de acordo com Viegas e Cruz (2018), “o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os institutos da capacidade e das incapacidades, proporcionando mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, não alterou os institutos da imputabilidade e da inimputabilidade”, o que traz em sérios conflitos, sendo que um deles será tratado no presente estudo, que será abordado em seguida.

De fato, com a modernização tecno-científica, além dos avanços sociais e psíquicos, a sociedade caminha para o abrandamento de dogmas cerrados e limitantes a respeito do deficiente mental.

Da mesma forma, a legislação também precisou se aprimorar nessa área, tendo o Estatuto da Pessoa com Deficiência previsto uma série de direitos para o deficiente mental, inclusive a possibilidade de matrimônio, retirando estes indivíduos da classificação de absolutamente incapazes, trazendo uma inovação normativa.

Contudo, embora considerados capazes civilmente, o ordenamento penalista traz outro entendimento, de que os doentes mentais podem ser considerados inimputáveis, ou seja, não passíveis de responsabilização penal pela prática de condutas que venham a lesar importantes direitos de terceiros como, por exemplo, a vida, a integridade física e a dignidade sexual.

Entretanto, a situação descrita acima, já tem sido passível de discussão nos casos concretos e tribunais, onde o instituto da inimputabilidade pode sofrer a mitigação, a depender da situação fática apresentada, conforme a jurisprudência inserida em nosso artigo.

O presente trabalho, baseado na metodologia indutiva e dedutiva, pretende se aprofundar e debater as consequências da modificação do estatuto das incapacidades pela Lei 13.146/15 e da manutenção do conceito penal de inimputabilidade no que tange às responsabilidades nas esferas civis e penais dos deficientes mentais.

## **2.A DEFICIÊNCIA MENTAL SOB O ENFOQUE DO DIREITO BRASILEIRO.**

Sempre que começamos a tecer algumas considerações acerca das chagas psíquicas que sofrem e acometem o indivíduo, precisamos lembrar que, muito embora muitas das doenças psicológicas tenham causas genéticas, outras decorrem do meio e das condições nas quais o sujeito se desenvolveu e está inserido.

Não se pode também olvidar a influência da religião e dos preconceitos originados desde a formação da República Federativa do Brasil e da fase do Coronelismo, para a limitação do conceito de capacidade, entendendo como plenamente capaz somente aquele que detinha todas as esferas mentais e corporais saudáveis, considerando, desta forma, o deficiente mental como incapaz de gerir sua vida social.

Assim, desde as primeiras legislações brasileiras até o Código Civil de 2002, o deficiente mental foi tratado como um cidadão sem capacidade de exercer atos da vida civil, relegado a segundo plano. Contudo, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, observamos uma grande mudança positiva no que diz respeito à legislação, sendo esperada uma mudança também na visão da sociedade com relação a estes indivíduos.

Tem-se que a capacidade para a prática dos atos da vida civil consiste na aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica.

Com relação à capacidade, elucidam Viegas e Cruz (2018) que:

*“(...) a capacidade de gozo ou de direito é um atributo inerente a todo o ser humano que detém personalidade civil, ou seja, nasceu com vida, no Brasil, adquire-se a personalidade, independentemente da idade ou de qualquer outra condição da pessoa natural. Cuida-se da aptidão do indivíduo para gozar dos direitos conferidos a todas as pessoas pelo ordenamento jurídico, tais como o direito à vida, à segurança, ou à dignidade, por exemplo.*

*A capacidade de fato ou de exercício, por sua vez, refere-se à aptidão do indivíduo para praticar, por ele mesmo, os atos da vida civil, sendo, em regra adquirida aos 18 anos ou por meio da emancipação. Entretanto, como não são todas as pessoas que reúnem condições para tal, poderá o indivíduo ter sua capacidade de fato ou de exercício limitada, como é o caso dos relativamente incapazes, ou até mesmo não possuí-la, os absolutamente incapazes.*

*Por consequência do exposto, se o indivíduo possuir a capacidade de gozo ou de direito juntamente com a capacidade de fato ou de*

*exercício tem-se a capacidade civil plena. Por outro lado, se possuir a capacidade de direito e de fato, o exercício limitado, tem-se a incapacidade relativa, por fim, se possuir apenas a capacidade de direito, tem-se a incapacidade absoluta”.*

De fato, conforme esclarece Gagliano (2018):

“A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra, mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter a capacidade de direito sem ter a capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade”.

Até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º do Código Civil tinha a seguinte redação:

“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência\_mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Atualmente, o referido artigo dispõe são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, o que deixa claro que doentes mentais não mais são considerados como tal.

## **2.1 CONCEITO.**

O Ministério da Saúde em seu portal eletrônico (2020), esclarece que:

*“Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento de médio ou longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o que, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.*

*Como qualquer cidadão, as pessoas com deficiência têm o direito à atenção integral à saúde e podem procurar os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) quando necessitarem de orientações ou cuidados em saúde, incluindo serviços básicos de saúde como imunização, assistência médica ou odontológica, ou ainda serviços de atenção especializada, como reabilitação e atenção hospitalar.*

*(...)*

*Considerando as definições estabelecidas pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI), 13.146 de julho de 2015, a deficiência é compreendida como resultado da interação entre impedimentos, que são condições presentes nas funções e estruturas do corpo, e barreiras que podem ser urbanísticas, arquitetônicas, barreiras nos transportes, comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas. Assim, a deficiência é compreendida pela experiência de obstrução do gozo pleno e efetivo na sociedade em igualdade de condições.”*

Tal conceituação demonstra a assistência maior que esses indivíduos precisam, assim como o olhar atento do legislativo, dos Órgãos jurisdicionais, do Sistema Único de Saúde, sobretudo do Estado, entre outros, sobre aqueles.

## **2.2 TRATAMENTO DO DEFICIENTE MENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

Após a devida conceituação a respeito de quem é o deficiente mental, cabe analisar o tratamento legislativo a respeito do assunto, assim como expressar suas características em detrimento de outras debilidades que não são genuinamente mentais. À priori, encontramos arrimo nos artigos 3º e 4º, IV do Decreto 3298/1994, que assim dispõem:

*Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:*

*I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;*

*II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir*



recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho.

Conforme visto, o Decreto 3298/1994 tratou de estruturar as deficiências e seu grau de efetividade, sejam elas permanentes ou pendentes de algum mecanismo para o melhor desenvolvimento do indivíduo, também escalonando o rol das possíveis características apresentadas pelo cidadão que pode ser classificado como deficiente mental.

Como já abordamos no presente artigo, outrora, um cidadão em grau permanente de deficiência era classificado como um incapaz absolutamente, sendo ainda hoje, em tese, inimputável aos olhos da legislação penal.

Na atualidade, mais ferramentas normativas foram criadas e instituídas para proteger, amparar e ampliar os direitos dos deficientes, destacando-se, como já salientado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que em seu artigo 2º estabelece:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

De acordo com o já ressaltado, se observa um avanço normativo em comparação ao Código Civil, que, até o advento da Lei 13.146/15, tratava o deficiente mental como absolutamente incapaz. Assim, este não podia, dentre outros direitos, contrair o matrimônio, por exemplo.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com deficiência, o deficiente mental passou a poder se casar e exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, consoante disposição constante no artigo 6º da Lei 13.146/2015:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Assim, pode um doente mental se casar, constituir família e ter filhos, gerir seu patrimônio e, não obstante, ser considerado inimputável se eventualmente praticar um crime. Tem-se, então, uma incongruência decorrente dos conceitos de capacidade e imputabilidade, o que adiante será analisado.

### **3. A IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL.**

À guisa de entendimento, para o Direito Penal, imputar significa atribuir responsabilidades. O juízo de inimputabilidade valora o sujeito/ indivíduo como incapaz de ser responsabilizado por algum ato, omissão ou fato acontecido, sem mencionar as questões volitivas de dolo ou culpa, independente do local, tempo ou circunstâncias a serem analisadas.

Nas questões concernentes à inimputabilidade por doença mental, a teoria comumente adotada pelo Código Penal no art. 26 é a biopsicológica, em suma, para que haja inimputabilidade, faz-se necessário que o agente, ao tempo do crime, além de ser portador de uma doença mental, que este seja também, como consequência de sua enfermidade, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e discriminar suas motivações.

Quando falamos em imputabilidade, portanto, falamos em condições de compreender que o comportamento praticado é contrário ao ordenamento jurídico e atuar

de acordo com tal compreensão, a partir do posicionamento volitivo do agente (o que envolve o efeito). Diante disso, observamos que existe a necessidade de perícia médica para que se reconheça a inimputabilidade de um agente maior de 18 anos, uma vez que o reconhecimento de tal fato depende de conhecimentos que o operador do direito não possui. Assim, necessária a multidisciplinariedade e o socorro de psicólogos, psiquiatras, psicoterapeutas, psicanalistas e afins para se consiga identificar e categorizar as doenças e deficiências mentais em suas diversas complexidades e se há algum tipo de sazonalidade ou tempo de cessação dessa vulnerabilidade/deficiência.

A consequência deste reconhecimento da inimputabilidade é o afastamento da culpabilidade do agente e, conseqüentemente, a impossibilidade de aplicação de pena ou sanção penal como consequência do comportamento típico e ilícito praticado.

De fato, se reconhecida a prática de ação tipificável e ilícita, bem como a inimputabilidade do agente em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o indivíduo será absolvido, sendo apenas punido, ou melhor, sancionado, com uma medida de segurança.

Cumpra esclarecer que a medida de segurança não tem caráter sancionador, condenatório ou punitivo, haja vista ausência de culpabilidade do agente, consistindo-se em medida que busca a segurança social e o tratamento do inimputável revelador de periculosidade social.

### **3.1 QUEM SÃO OS IMPUTÁVEIS E INIMPUTÁVEIS.**

Como já elucidado, o Código Penal brasileiro não traz conceito de imputabilidade, prevendo, em seus artigos 26 e 27 situações que levarão à inimputabilidade penal.

Não obstante, analisando-se os artigos acima referidos, pode-se extrair o conceito tanto de imputabilidade quanto de inimputabilidade.

Assim temos que o imputável é aquele que, ao tempo do crime, era maior de 18 anos e possuía plena capacidade de para discernir sobre o caráter ilícito de seu comportamento e agir de acordo com tal discernimento. Ou seja, é aquele que possui condições de compreensão e autocontrole no que tange aos seus atos.

Já o inimputável é aquele que, ao tempo do crime, não tinha nenhuma capacidade de compreender o caráter ilícito do fato, ou seja, de entender que seu comportamento é contrário ao ordenamento jurídico, ou de atuar de acordo com tal entendimento. Ou seja, é aquele que não possui condições de compreensão e autocontrole no que tange aos seus atos.

Com relação aos inimputáveis por menoridade, estes têm tratamento especial regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não sendo alcançados pelos institutos sancionatórios do direito penal.

Já no que diz respeito aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, estes são aplicadas medidas de segurança, como já visto anteriormente, dependendo tal fato do reconhecimento da prática de uma conduta típica e ilícita em sentença absolutória prolatada ao final do devido processo legal.

### **3.2. IMPUTAÇÃO MITIGADA E SUAS HIPÓTESES EM RELAÇÃO AO DEFICIENTE MENTAL.**

Além da inimputabilidade, são previstas em nossa legislação a semi-imputabilidade e a imputação mitigada da responsabilidade, à rigor dependente da análise de cada caso concreto. No caso da semi-imputabilidade, quando, por perturbação da saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o indivíduo tem reduzida a sua capacidade de compreensão a respeito da ilicitude de seus atos, bem como de se controlar. Percebe-se que, neste caso, o pré-requisito “causador” é similar (perturbação da saúde mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), havendo o abrandamento do *jus puniendi* ante a menor capacidade de discernimento. Não sendo afastada totalmente a imputabilidade, também não é afastada a culpabilidade, ou seja, o indivíduo, caso caracterizada prática de injusto penal, pode ser objeto de pena.

Contudo, para que se conclua pela semi-imputabilidade e, conseqüentemente, pela possibilidade de responsabilidade penal, necessária perícia psicológica para análise das condições mentais do agente ao tempo do crime, dentre outros pontos.

Concluído, depois do exame pericial, que o autor do comportamento típico e ilícito é semi-imputável, poderá este ser condenado, pois goza de capacidade

culpabilidade, ainda que reduzida. E, uma vez condenado poderá ser a ele aplicada uma pena atenuada ou uma medida de segurança, desde que, consoante o previsto no artigo 98 do Código Penal, perceba o juiz a necessidade de especial tratamento curativo

#### **4. IMPUTABILIDADE X CAPACIDADE Á LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Observar, escalonar e comparar os direitos positivados pelo mundo é de suma importância para a formação crítica do jurista. Quando tratamos de imputabilidades, capacidades, deficiências e afins, essa relação e simbiose internacional garante e alimenta a base jurídica para extrair questões importantes para a discussão do assunto.

A imputabilidade e a capacidade geram uma discussão rica no plano da cidadania, psíquico e pleno gozo das faculdades mentais e jurídicas. Podemos restringir a capacidade de um deficiente, mas também fazê-lo dependente de uma tomada de decisão assistida, ou, conforme já elucidado em âmbito penal, sancioná-lo com medida de segurança ou até mesmo pena.

Não obstante, antes da referida discussão, necessário o esclarecimento de alguns conceitos.

##### **4.1 O CONCEITO DE DEFICIENTE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL.**

Como afirmado anteriormente, a deficiência é uma questão bastante complexa do ponto de vista mental, pois temos diversos tipos de deficiências mentais, muitas sanáveis, outras não. Alguns deficientes mentais não têm condições de discernir sobre seus atos, outros poderão gerir sua vida, ainda que com auxílio de terceiros. Com relação a estes últimos, prevê o Código Civil a tomada de decisão apoiada, nos seguintes termos:

**Art. 1.783-A.** A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos

apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

De acordo com o já exposto, com o advento do Estatuto do Deficiente, as premissas relacionadas aos deficientes mudaram, mas infelizmente nem sempre foi assim e por muitas vezes, já cediço, foi necessário o amparo do Estatuto da Criança e do Adolescente para estas questões.

Na antiga visão civilista, o deficiente mental era tratado como absolutamente incapaz, logo, não poderia contrair matrimônio e praticar atos da vida civil, sendo sempre condicionado à figura de um representante ou curador. De fato, assim dispunha o Código Civil de 1916:

*Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

*I. Os menores de dezesseis anos.*

*II. Os loucos de todo o gênero.*

*III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.*

*IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.*

Como visto, tal disposição, mantida em boa parte no Código Civil de 2002, foi revogada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo atualmente os deficientes mentais entendidos como pessoas capazes podendo, dentre outros atos da vida civil, se casarem, terem filhos, etc.

## **5. A PROBLEMÁTICA DA CAPACIDADE DO DEFICIENTE MENTAL E SUA NÃO RESPONSABILIDADE PENAL.**

Primordialmente, para reforçar o até aqui exposto no que diz respeito a (in)capacidade do deficiente mental e para melhor compreensão do que será a partir de agora discutido, cabe ressaltar que, segundo Lôbo (2015):

*"Após cinco séculos de total vedação jurídica, no Direito brasileiro, tudo mudou com o advento da Convenção sobre os Direitos das*

*Pessoas com Deficiência, incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9.7.2008 e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25.8.2009. Finalmente, a Lei 13.146, de 6.7.2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), regulamentou a Convenção.*

*A Convenção considera pessoas com deficiência (e não “portadoras de deficiência”) as 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. O artigo 12 da Convenção estabelece que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”; essa capacidade legal é mais ampla que capacidade civil em geral.<sup>129</sup> A Convenção explicita, sem configurar enumeração taxativa, que a pessoa com deficiência pode possuir ou herdar bens, controlar as próprias finanças e ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro”.*

Com a assertiva acima, podemos observar que tanto o ordenamento cível, quanto o Estatuto do Deficiente garantem a independência diretiva do deficiente mental em seus atos da vida civil.

Assim, dentre outros atos, pode o deficiente mental contrair casamento, desde que capaz e expressar de forma livre o seu consentimento.

Embora não se olvide que haja uma clara distinção entre capacidade e imputabilidade, o fato de se considerar o doente mental como pessoa capaz de discernimento no que tange ao casamento gera uma incongruência no tocante à

---

129 Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

§ 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

§ 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados.



interpretação das normas em sede de imputabilidade penal, haja vista que este pode ser considerado incapaz de discernimento na eventualidade da prática de algum crime. Assim, poderá haver a contraditória situação de um inimputável capaz.

Importante destacar que, de acordo com Magalhães e Lima (2017), o conceito de inimputabilidade ainda vigente no Código Penal:

*“(...) dialogava de maneira clara e sistêmica com os conceitos estabelecidos no Direito Civil, Constitucional e mesmo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ocorre, que o Estatuto trouxe ao Direito brasileiro uma nova perspectiva de capacidade dos deficientes mentais, até então eles eram presumidamente incapazes, com a mudança legislativa passaram a ser presumidamente capazes inclusive de atos complexos, como casamento, união estável e adoção, devendo ser somente assistidos sobre questões patrimoniais. Assim, parece dissonante que este mesmo indivíduo seja considerado incapaz de compreender as conseqüências de suas atitudes quando estas se referem a ilícitos”.*

Assim, a questão que a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência se apresenta é: se o deficiente mental possui plena capacidade para os atos da vida civil, podendo casar-se e constituir união estável, como pode também ser considerado incapaz de entender o caráter ilícito de um fato e de agir de acordo com tal entendimento?

De acordo com Kümpfel (2015):

*“Com o advento e a entrada em vigor do Estatuto, o deficiente ou enfermo mental sem qualquer discernimento será, por regra geral, responsável, porém, inimputável. Por ficção, entenderá o ilícito civil e determinar-se-á de acordo com esse entendimento; porém, não entenderá esse mesmo ilícito, isto é, o fato gerador sob o aspecto penal. Como é possível entender e deixar de entender a mesma situação? Trata-se de desarmonia intolerável para o sistema, dissonância ontologicamente inaceitável”*

Tem-se, dessa forma, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao determinar a plena capacidade das pessoas com deficiência para a prática dos atos da vida civil, permite o questionamento a respeito do atual instituto da inimputabilidade e o sistema dele decorrente.

## **6.A RESPONSABILIDADE JURIDICA DOS DEFICIENTES MENTAIS APLICADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.**

Um olhar especial fora dado em nossa tese para fortificar os conflitos envolvendo a capacidade, no âmbito civil, e a imputabilidade/ inimputabilidade, no âmbito criminal. Ora avocando a importância desse instituto, ora mitigando sua aplicabilidade ou sua exigibilidade, a tutela jurisdicional do Estado atua à *longa manus* da sociedade, em casos onde a deficiência mental é mitigada, exigida ou dispensada. Por isso, trazemos à baila um exemplo de importantes entendimentos dos tribunais superiores e jurisprudências, no que tange a aplicação da norma, análise do caso concreto e perícia psicológica para aferição de pena.

Por hora, analisaremos especialmente, a Apelação Criminal, que trata sobre a mitigação e imputação de responsabilidade de um deficiente mental em face de seu crime de estupro continuado.

EMENTA. Penal. Processual Penal. Apelação Criminal. Crime de Estupro de Vítima Portadora de Doença Mental, praticado em continuidade delitiva. Questão preliminar de reconhecimento da inimputabilidade do réu. Rejeitada. Mérito. Pleito Absolutório. Alegação de ausência de provas suficientes para a condenação. Inviabilidade. Materialidade e autorias delitivas demonstradas. Pleito subsidiário de redução da pena, face o retardo mental do qual o réu é portador. Impossibilidade. Réu inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Manutenção da Pena. Recurso conhecido e improvido.

1. Para a aferição da inimputabilidade do agente, o código Penal adotou, como regra, o sistema (ou critério) biopsicológico, segundo o qual é inimputável aquele que, ao tempo da ação ou omissão, apresenta um problema mental, e, em razão disso, não possui capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se

de acordo com esse entendimento. 2. Comprovada a materialidade delitiva, bem como a respectiva autoria, deve ser mantida a condenação do réu pelo cometimento do crime de estupro de vítima portadora de doença mental praticado em continuidade delitiva, previsto no art. 217-A parágrafo 1º c/c art. 71, ambos do Código Penal. 3. Inviável o pleito de redução da pena, uma vez que o réu, apesar do retardo mental a que é acometido (inteligência reduzida), foi, nos autos do incidente de insanidade mental n. 0000342-24.2011.8.10.0114, considerado imputável, ou seja, ao tempo da ação delituosa era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. 4. Apelo conhecido e improvido. DECISÃO. “Unanimemente e de acordo com o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, a Segunda Câmara Criminal negou provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do Desembargador Relator. ”

Através das informações discriminadas na apelação Criminal retromencionada, observamos varias premissas abordadas em nosso presente trabalho, desde o critério biopsicológico para atribuição da imputabilidade ou inimputabilidade criminal, como também a mitigação da imputabilidade penal em face do deficiente mental ser atrelada à um relatório médico mental de um profissional para que assim, possamos abordar de forma equitativa sobre capacidades, responsabilidades e por consequência as sanções em face de uma conduta delitiva, tendo em vista que o réu, neste caso, tinha ciência de sua conduta ilícita independente de seu grau de deficiência mental, haja vista que o crime de estupro foi continuado

Os votos dos relatores, em decisão unânime comprovam que o olhar de todos os doutos magistrados que representam a régua inquiridora do Judiciário, não utilizam a deficiência mental como critério que afaste o dolo ou culpa do agente, o que vale à guisa de interpretação, convicção e aplicação da sanção penal é a capacidade do réu em produzir atos ilícitos em que se pese seu conhecimento de que está praticando uma conduta criminosa, no caso em tela, um crime de estupro contra uma deficiente mental.

A inimputabilidade penal foi sabiamente afastada e aplicada a sanção no aludido caso, o que comprova e fortifica nossa tese de que a mitigação da inimputabilidade, à luz das inovações trazidas pelo Estatuto do Deficiente, faz-se remodelar

a construção das normas e visão do jurisconsulto, que precisam ser reformuladas, à medida em que se tornam corriqueiros os casos como o da abordada apelação criminal.

## 7. CONCLUSÃO

Para todo operador do direito, o observar, estudar, aprofundar, relacionar, ir à fundo sobre questões sociais e até mesmo científicas, como também obter trocas valorosas com pessoas é indispensável e fomenta o conhecimento e experiência daquele jurista.

Á partir desse grande ofício e papel social que o cientista do direito desempenha na sociedade, entendemos a multidisciplinariedade que são as relações humanas, jurídicas e sociais, todas essas, codependentes umas das outras e sempre em constante mutação e evolução. Em essência, nosso trabalho procurou através de uma ampla observação, análise e discussão, trazer um ponto divergente na literatura jurídica em que se pese os direitos do deficiente mental, sua relação com o mundo social e a lacuna oferecida na lei sobre suas imputabilidades, capacidades e vulnerabilidades.

Em um mundo globalizado, onde as trocas sociais, científicas e de conhecimento são transformadoras, algumas deficiências tornaram-se obsoletas mediante a grandiosidade de relações e papéis que o deficiente mental pode oferecer para a sociedade, sem desmerecer suas capacidades. E esclarecemos isso de uma forma simples e transparente, com base numa expressão em alemã chamada *Zeitgeist*, que remete ao *modus operandi* da época, e que sintetiza que na atual modernidade, que não há palco para preconceitos, limitações ou silêncio dos cidadãos.

Em suma, a deficiência não se torna mais o todo do cidadão nem o restringe, o deficiente consegue se relacionar à medida de sua debilidade e não como um passado preconceituoso, violento e que amordaçava pessoas, tratando-as como um peso na sociedade, o advento do Estatuto do Deficiente é uma vitória frente à muitas mazelas já vividas.

O Código civil de 1916 é um ótimo exemplo, assim como Estatutos e leis infraconstitucionais confeccionadas à época, do *Zeitgeist* naquele tempo. Um direito mais cerrado e que não acalentava os mais vulneráveis e ainda por cima, não havia uma urbanidade e cidadania antenados para respeitar os vulneráveis, analisar casos em que devem ser mitigadas a interpretação das normas, foi na atmosfera desse tratamento, onde o deficiente mental sempre fez parte deste grupo. Supletivamente, o deficiente ficava

à cargo de um cuidador e não gozava de plenos poderes, além de políticas públicas que o inseriam na sociedade, a lei fortificava sempre os mais opressores, os cidadãos que trabalhavam e gerava receita para os cofres públicos.

Década á década, as relações sociais se aprimoravam e os legisladores infraconstitucionais, assim como o próprio judiciário foi apreciando melhor as questões concernentes às capacidades civis e imputabilidades criminais, entretanto, isso ainda não elidiu a interpretação cerrada da norma no tocante à imputabilidades, sendo alguns artigos que tratam sobre estas, um quase status de clausula pétrea. A mitigação da imputabilidade começou a acontecer num cenário onde a sociedade começou a ser mais livre em suas ideias, ideais e atitudes, e o codificismo penal, embora adstrito à suas condições e sanções, encontrou na avaliação pormenorizada do mérito, arrimo e uma forma de julgar melhor as imputabilidades.

É cediço que, com o avanço científico, novas tecnologias e novas formas de relacionar, os indivíduos também começaram a ter uma visão holística do mundo e sua forma de comunicar, de exercer seus atos da vida civil e isso também alcançou os inimputáveis, deficientes, vulneráveis e afins.

Programas de computador, robôs, aplicativos, smartphones, trouxeram um novo olhar para o ser humano e uma nova forma de comunicar, auxiliando os vulneráveis em todas as formas, tal qual para obter serviços, fornecer serviços, trocar informações e se posicionar no mundo. Logo, como não falar em reformular suas responsabilidades, capacidades e imputabilidades, à medida que seu desenvolvimento social e psíquico for aprimorado e melhor trabalhado? Seria retrogrado oferecer para o deficiente, a sociedade e o ordenamento jurídico, um conceito de 20 anos atras onde ele simplesmente era mantido como um peso social e hoje, com o advento de leis importantes, decretos, estatutos que tratam de sua deficiência, um cidadão que deve ser tratado à medida de suas vulnerabilidades e atitudes.

A mitigação da incapacidade foi um grande passo, mas o legislativo e o judiciário precisam reformular as leis, e toda a pirâmide normativa que trata das relações sociais que tocam os vulneráveis/ deficientes, o Código Penal precisa de uma interpretação mais atenta com a realidade e com o Estatuto do Deficiente.

A imputabilidade penal existe, mas deve ser utilizada com bastante atenção e parcimônia, ao passo que, a sociedade vai avançando, os indivíduos mudando seu *modus operandi* e a capacidade civil e imputabilidade penal atingindo outros níveis relacionais onde o arcabouço jurídico precisa ser incisivo e fiscal, sem haver controvérsias, dúvidas ou lacunas interpretativas.

Se um deficiente mental consegue cumprir com atos matrimoniais, é claro que isso abre espaço para a discussão em inseri-lo no rol de cidadão capazes de serem responsabilizados por atos criminosos, como todos os indivíduos que cumprem seus atos civis e regidos por um Estatuto que demonstrou essa mitigação e palco para discussão sobre a responsabilização de suas atitudes. E Quanto mais focarmos no indivíduo como um todo, sem preconceitos ou limitações, deixando-o livre para exercer seus atos, com o olhar atento do Estado e suas medidas sancionadoras, mais observaremos uma sociedade mais justa e avocando a todo momento o cerne da equidade.

Encerramos a base axiológica dessa conclusão com uma pensata aristotélica que se coaduna em alto grau de coerência com o nosso trabalho, que sempre objetivou avocar a imputabilidade penal e capacidade civil para o deficiente à medida de suas responsabilidades, que é: Trate os iguais igualmente e os desiguais à medida de suas desigualdades. A equidade, o conhecimento e a cooperação do judiciário, legislativo e sociedade fazem o bioma social evoluir em pé de igualdade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Criminal: APR 0000081-59.2011.8.10.0114 MA 0335412018 TJ-MA. Apelante: Hércules Viana de Araújo. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador José Luiz de Oliveira Almeida. Riachão, Maranhão. 1 de agosto de 2019. Disponível em: <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748040897/apelacao-criminal-apr-815920118100114-ma-0335412018/inteiro-teor-748040911>. Acesso em 31 de maio de 2022;

Decreto-Lei 2848/1940. Lei que institui o Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. 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 16 de maio de 2022;

Decreto-lei 3298/1999. Lei que institui a Política Nacional de Integração dos Portadores de Deficiência. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm) . Acesso em 14 de maio de 2022;

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume VII: Direito das Sucessões, 5 ed.- rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018;

Lei 13.146/2015. Lei que institui o Estatuto dos Portadores de Deficiência. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm) . Acesso em 10 de maio de 2022;

Lei 3.071/1916. Lei que institui o Código Civil de 1916. Brasília, DF. 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 de maio de 2022;

Lei 10.406/2002. Lei que institui o Código Civil. Brasília, DF. 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 29 de abril de 2022;

LÔBO, Paulo. Consultor Jurídico: Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Publicado em 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> . Acesso em 10 de maio de 2022;

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Saúde da Pessoa com Deficiência. Brasília, DF. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-da-pessoa-com-deficiencia> . Acesso em 14 de maio de 2022;

TARTUCE, Flávio. Jus Brasil: O Estranho caso do inimputável capaz. Parte I. Por Vitor Kumpel. Publicado em 2015. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/245025824/o-estranho-caso-do-inimputavel-capaz-parte-i-por-vitor-kumpel#:~:text=Nessa%20sorte%20de%20coisas%2C%20o,%2C%20respons%C3%A1vel%2C%20por%C3%A9m%2C%20inimput%C3%A1vel.> Acesso em 15 de junho de 2022;

VADE MECUM SARAIVA OAB. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha, 14 ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva,2018;

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Jus Brasil: A capacidade civil à luz do estatuto do deficiente: Inclusão, proteção ou desproteção da dignidade da pessoa humana? Publicado em 2018. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613131135/a-capacidade-civil-a-luz-do-estatuto-do-deficiente-inclusao-protecao-ou-desprotecao-da-dignidade-da-pessoa-humana> . Acesso em 15 de junho de 2022.

## RECONVENÇÃO SUCESSIVA (ADMISSIBILIDADE OU VEDAÇÃO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?)

**JOSÉ CARLOS MENK:** Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo (aposentado). Professor Universitário. Advogado.

**Resumo:** Trata-se abordagem do dissenso de entendimento, na doutrina e jurisprudência, quanto ao cabimento ou não da reconvenção à reconvenção (reconvenção sucessiva) no Direito Processual Civil Brasileiro (CPC/15), com conclusão, ao final, pelo cabimento, ante os elementos normativos incorporados no atual estatuto processual.

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução - 2 – Noções do instituto da reconvenção - 3 – Reconvenção à reconvenção - 4 - Reconvenção sucessiva: entendimentos da doutrina e da jurisprudência quanto ao seu cabimento ou não – 5 - Considerações finais – 6 – Referências.

### 1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015<sup>130</sup> (CPC/15) encampou e disciplinou o instituto da reconvenção em seu artigo 343, *caput* e parágrafos 1º a 6º<sup>131</sup>. Esse dispositivo, todavia, não contempla nenhuma expressa referência no sentido de **admitir** ou **vedar** o cabimento

---

130 Lei n. 13.105, de 16.3.2015.

131 CPC/2015:

**Art. 343.** Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

§ 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção.

§ 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

§ 5º Se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

§ 6º O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação.



da “reconvenção à reconvenção”, também denominada de “reconvenção sucessiva”, no atual ordenamento processual civil brasileiro.

Essa omissão legislativa não é novidade do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), trata-se de ocorrência que se constata também nos nossos anteriores estatutos processuais. Assim no Regulamento n. 737 de 1850 e nos sucessivos códigos de 1939 e 1973, omissão essa que, desde então, tem propiciado intensa divisão de entendimentos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uns sustentando o cabimento da reconvenção à reconvenção outros negando.

Esse fato, divisão de entendimentos, queira ou não, trouxe e ainda traz insegurança para todos aqueles que têm o direito como seu instrumento de trabalho, quer para aplicação às situações concretas que se apresentam quer para fins de tratamento exclusivamente acadêmico.

Desse modo, entende-se necessária e relevante a busca de fundamentos sólidos para que essa divisão de entendimentos seja, se não de toda extirpada, no mínimo amenizada e com isso se possa ter segurança quanto ao cabimento ou não da reconvenção sucessiva no atual Código de Processo Civil (CPC/15) e, por decorrência, quanto sua aplicação ou não às situações concretas que se apresentarem.

Neste trabalho, por conseguinte, será dado um tratamento específico e limitado à investigação dessa questão, admissibilidade ou não da reconvenção à reconvenção, procedendo-se, para tanto, uma análise das correlatas disposições normativas do atual Código de Processo Civil (CPC/15), dos entendimentos doutrinários que já abordaram especificamente o assunto, assim como, dos entendimentos jurisprudenciais que igualmente já o enfrentaram.

Para tanto, de início será expendida uma noção, ainda que sumária, do instituto da reconvenção no direito pátrio. Na sequência será feita uma análise da reconvenção à reconvenção, apontamentos das posições da doutrina e da jurisprudência quanto ao seu cabimento ou não. Ao final serão expendidas considerações conclusivas quanto aos resultados que se colheu dessa incursão.

## **2. Noção do instituto da reconvenção**

A introdução do instituto da reconvenção no direito, é certo, encontra-se num tempo passado distante. Em clássica obra sobre o assunto, Moacyr Amaral Santos dedica um capítulo específico à síntese histórica do instituto, salientando, entretanto, que essa sua

síntese se limita aos aspectos que “... *mais de perto influíram na sua estrutura e função atuais*.” Com esse viés, expende que:

“ ...

a) As raízes, ou ao menos a ideia do instituto, já se acham, porém, lançadas no período do procedimento *per formulas*, possivelmente em estado adiantado deste, quando *a exceptio* já se incluía entre as inovações criadas pelo pretor.

... (*omissis*)

b) De qualquer forma, haja a reconvenção surgido com a *mutua* ou com *actio contraria* do sistema *per formulas*, ou constituam estas apenas seus germes remotos, o que não padece dúvida é que, com a inauguração do procedimento da *cognitio extraordinária*, aquele instituto teve existência definida e definitiva, dentro de linhas que, de um modo geral, iriam perpetuar-se.

...”<sup>132</sup>

No direito brasileiro, considerada sua formação a partir da legislação aqui produzida pós independência da Coroa Portuguesa em 1822, o instituto da reconvenção foi introduzido pelo Regulamento n. 737, de 25.11.1850<sup>133</sup>, aplicável inicialmente ao processo das causas comerciais, posteriormente estendido às causas cíveis em geral pelo

---

<sup>132</sup> **SANTOS**, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. São Paulo. MAX LIMONAD, 1966, p. 67/68 e 73.

<sup>133</sup> **Dec. n. 737/1850:**

Art. 103. Si o réo quizer reconvir ao autor, proporá a reconvenção simultaneamente com a contestação no mesmo termo para ella assignado, e sem dependencia de prévia citação do autor.

Art. 104. Proposta a reconvenção e offerecida a contestação, se assignará ao autor o termo de 15 dias para a contestação da reconvenção e replica da acção.

Art. 105. Vindo o autor com a referida contestação e replica, se assignará ao réo igual termo para a replica da reconvenção e treplica da acção, e finalmenle se dará ao autor vista por dez dias para a treplica da reconvenção.

Art. 106. Si o autor e réo não offerecerem a contestação, replicas e treplicas nos termos assignados, ou ellas forem - por negação, - seguir-se-ha o que está determinado no capitulo antecedente.

Art. 107. Ao autor allegando legitimo impedimento se concederá o mesmo favor concedido ao réo no art. 100.

Art. 108. Não tem logar a reconvenção no caso especial do art. 440 do Codigo.

Art. 109. A reconvenção será julgada conjunctamente com a acção e pela mesma sentença.

Art. 110. A reconvenção induz a prorrogação da jurisdicção commercial, com excepção da acção cível que fôr real, ou mixta de real e pessoal.

Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890<sup>134</sup>. Foi mantido nos subsequentes Códigos de Processo Civil de 1939<sup>135</sup>, de 1973<sup>136</sup> e no atual de 2015<sup>137</sup>.

---

134 **Dec. 763/1890:**

Art. 1º São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas civeis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se conteem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte.

135 **CPC/1939:**

Art. 190. O réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido. A reconvenção será formulada com a contestação.

Art. 191. Não poderá o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem.

Art. 192. Não se admitirá a reconvenção nas ações:

I – relativas ao estado e capacidade das pessoas, salvo as de desquite e anulação de casamento;

II – de alimentos;

III – de depósito;

IV – executivas;

V – que versarem sobre imóveis, ou direitos a eles relativos;

VI – que tiverem processo diferente do determinado para o pedido que constituir objeto da reconvenção.

Art. 193. Oferecida a reconvenção, intimar-se-á o autor, que poderá, impugná-la no prazo de cinco (5) dias.

Art. 194. A desistência da ação não obstará ao prosseguimento da reconvenção.

Art. 195. Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção.

136 **CPC/1973:**

Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Parágrafo único. Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem. (Renumerado do §1º para parágrafo único pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

Art. 316. Oferecida a reconvenção, o autor reconvinado será intimado, na pessoa do seu procurador, para contestá-la no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 317. A desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção.

Art. 318. Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção.

Essa sequência de regulamentação legal, é certo, trouxe em cada novo estatuto processual adaptações e alterações de conteúdo e de procedimento para atender às circunstâncias factuais e sociais de cada época. Assim; para ficar apenas com um exemplo objetivo e simples; enquanto no Reg. n. 737/1850, o prazo para contestar a reconvenção era de 15 (quinze) dias, no código seguinte (1939) foi reduzido para 5 (cinco). Nos códigos subsequentes (1973 e 2015) foi retomado o prazo de 15 (quinze) dias (CPC/15, art. 343, *caput*). Em linhas gerais, entretanto, o instituto da reconvenção, nesse seu curso de regulamentação nacional, não sofreu alterações substanciais e procedimentais que implicassem em mudanças capazes de afetar sua natureza e finalidade originárias.

Nesse sentido observa-se que, desde os primeiros estatutos processuais brasileiros, a reconvenção se constituiu em meio processual posto à disposição do réu para, diante de ação que lhe é movida, buscar tutela jurisdicional de direito próprio contra o autor, contra àquele que lhe propôs a ação inicial. Assim já dispunha o art. 103 do Reg. n. 737/1850: *“Art. 103. Si o réo quizer reconvir ao autor proporá a reconvenção, ...”*. No mesmo sentido era a disposição do CPC/39: *“Art. 190. O réu poderá reconvir ao autor ...”* e a disposição do art. 315 do CPC/73: *Art. 315. O réu pode reconvir ao autor ...”*. Igualmente é a disposição do atual CPC/15: *Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção ...”*.

Desse modo, vez tratar-se de meio facultado ao réu para postulação de tutela jurisdicional de direito próprio, pode-se inferir que a reconvenção tem **natureza de ação**, no caso, ação do réu contra o autor da ação originária. Assim já entendia Souza Pinto, na vigência do Reg. 737/1850, expressando que:

---

#### 137 **CPC/2015:**

Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

§ 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção.

§ 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

§ 5º Se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

§ 6º O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação.

“Reconvenção é a acção proposta pelo réo contra o autor no mesmo juízo, e no mesmo processo, em que é demandado. Deve com efeito ser no mesmo juízo, porque aquelle, que como autor reconheceu, e procurou a jurisdição do juiz, a não póde, como réo, rejeitar.”<sup>138</sup>

Sob a vigência do CPC/73, Calmon de Passos, ao comentar a disposição do seu art. 315, é do mesmo entendimento, *in verbis*:

*“... a posição do réu, ao defender-se, pode ser meramente passiva (a defesa direta) ou revestir-se de forma ativa (defesa indireta) ou assumir, inclusive, o caráter de verdadeiro contra-ataque. Este contra-ataque é a reconvenção, que é mais que simples defesa, representando ação do réu contra o autor, ...”*<sup>139</sup>.

Sob a vigência do atual Código de Processo Civil (2015) não é diferente o entendimento de Nelson Nery e Rosa Maria Nery, tal como se extrai dos comentários que expendem à disposição do seu artigo 343: *“... quem, na contestação de uma lide, propõe reconvenção, exerce direito de ação e vai a juízo observando a tutela de um interesse seu.”*

Por conseguinte, diante de sua natureza de ação, o instituto da reconvenção pode ser **conceituado** como **meio processual facultado ao réu para, no mesmo processo e juízo, exercer o direito de ação quanto a direito próprio.**

Para não se distanciar e se desviar do objeto e objetivo desta abordagem, aqui não será aprofundada demonstração específica de cada um dos elementos eleitos como conceituais do instituto da reconvenção, os quais, todavia, em essência não se diferenciam daqueles aplicáveis ao conceito de qualquer ação, apenas com especificidades quanto ao exercício circunscrito à existência de uma ação antecedente e em momento certo, ou seja, aquele da contestação.

Ainda, como fundamental à noção desse instituto, vale por fim ter presente que a reconvenção tem por **finalidade** atender ao princípio da **economia processual**, consistente, em síntese, em *“... obter o maior resultado com o mínimo de emprego de*

---

138 **SOUZA PINTO**, José Maria Frederico de. Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro, Tomo primeiro, Vol. II. Rio de Janeiro. CASA DOS EDITORES EDUARDO E IENRIQUE LAEMMERT, 1850, pág. 43.

139 **PASSOS**, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1983, pág. 339.

*atividade processual.*"140, o que se concretiza com a faculdade deferida ao réu de reunir, no mesmo processo e juízo em que é demandado, demanda própria.

Desse modo, ciente da natureza, conceito e finalidade da reconvenção, tem-se uma noção, ainda que elementar, necessária à compreensão do instituto, em especial no Ordenamento Processual Civil Brasileiro, para que se possa ter uma base para aferição quanto a possível admissão da modalidade sucessiva, ressaltando que aquele que propõe a reconvenção recebe a designação de **reconvinte** (réu reconvinte) e aquele contra o qual é proposta recebe a designação de **reconvindo** (autor reconvindo).

### 3. Reconvenção à reconvenção

Nosso atual estatuto processual assegura ao réu, de forma expressa, o direito de, diante de uma ação que lhe é movida e no momento que lhe é reservado para contestar, propor reconvenção, ou seja, assegura o direito de postular, no mesmo processo e juízo em que é demandado, tutela jurisdicional de pretensão própria, nas hipóteses em que que essa pretensão se mostre conexa com a ação originária ou com os fundamentos da defesa que irá oferecer.

Nesse sentido é o que se pode extrair da literal disposição do *caput* do seu art. 343, assim redigida:

*"Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal, ou com o fundamento da defesa".*

Com o autor da ação originária, entretanto, isso não ocorre de forma expressa, pois, embora entenda que ele autor; em decorrência da ação reconvençional proposta pelo réu; também tem pretensão própria e conexa para postular tutela jurisdicional, ou seja, embora entenda que se encontra diante de situação que lhe possibilitaria propor "reconvenção à reconvenção", não encontra expressa disposição quanto a possível admissão, assim como também não encontra expressa vedação.

Nosso atual estatuto processual (CPC/15), de fato não contém expressa disposição admitindo, tampouco vedando a possibilidade de se propor "reconvenção à reconvenção", também denominada de "reconvenção sucessiva", tal como já ocorria ao tempo de vigência dos anteriores estatutos processuais, de âmbito nacional.

---

140 **ECHANDIA**, Hernado Devis. *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. 56ª ed. Ver. atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro. Forense, 2015, pág. 64.

Desse modo, ante mencionada omissão legislativa, pode se notar que a admissibilidade ou a vedação de se propor reconvenção à reconvenção tinha e tem como apoio; num ou noutro sentido e ao longo da história da do instituto da reconvenção no direito brasileiro; entendimentos expendidos pela doutrina e acolhidos pela jurisprudência.

Esses entendimentos, tanto num quanto noutro sentido, é certo, encontram-se apoiados em relevantes e respeitáveis fundamentos, o que, por conseguinte, não podem ser ignorados, ao contrário, hão de ser sempre sopesados e revisitados, o que, a seguir, será procedido em abordagem específica.

#### **4. Reconvenção sucessiva: entendimentos da doutrina e da jurisprudência quanto ao seu cabimento ou não.**

A divisão de entendimento entre os doutrinadores, uns sustentando o cabimento da reconvenção à reconvenção (reconvenção sucessiva) outros negando, é contemporânea à introdução do instituto no direito brasileiro pelo Reg. 737/1850 e perdurou durante a vigência dos posteriores Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

Nesse sentido, na vigência do Reg. 737/1850, Souza Pinto<sup>141</sup> pontuou que:

“Não pódem porém reconvir: 1. (*omissis*); 2.º o autor já reconvindo, porque então poderião autor e réo mutua e indeterminadamente reconvir um ao outro, dando-se assim uma progressão indefinida, que por modo absurdo, e inadmissível, prolongaria os litígios;”

Sob a vigência do Código de 1939, Moacyr Amaral Santos<sup>142</sup>; de quem ora se permite transcrever os trechos pertinentes; faz um retrospecto histórico dessa questão e relata esse dissenso, apontando que:

“A proibição da *reconventio reconventionis* provem do direito comum e do antigo direito canônico.

... *omissis*.

---

<sup>141</sup> **SOUZA PINTO**, José Maria Frederico de. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*, vol. II. Rio de Janeiro. CASA DOS EDITORES EDUARDO E IENRIQUE LAEMMERT, 1850, pág. 46.

<sup>142</sup> **SANTOS**, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. São Paulo. MAX LIMONAD, 1966, p. 279 a 281.

A fórmula fez-se máxima pacífica no velho direito português, que a respeitava sem embargo de não haver texto de lei expresso a respeito.

... *omissis*.

À mesma conclusão, e pelos mesmos motivos, chegaram os praxistas patrícios, a cuja doutrina aderiu João Monteiro. Entretanto, Gusmão já observa, acompanhando a evolução do instituto, não mais haver razão de ser para que se continuasse a obedecer a fórmula tradicional.

... *omissis*

Entre os processualistas brasileiros, em face do regime vigente, a maioria, quase a unanimidade, propende à afirmação da regra tradicional – *reconventio reconventionis non datur*, e com ela se acha a jurisprudência. Em contrário se coloca Pontes de Miranda.”

Com a entrada em vigência do CPC/73, esse dissenso de entendimento continuou existindo entre os doutrinadores que, a partir desse novo estatuto processual, também trataram dessa questão. Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero, por exemplo, deixam assente essa constatação, *in verbis*:

*Reconventio reconventionis*. Além de contestar, pode o reconvinde propor nova reconvenção, desde que preencha os pressupostos inerentes à espécie e a possibilidade tenha surgido à vista de novo material fático trazido pelo reconvinde na reconvenção. A questão é polêmica na doutrina brasileira, mas a exigência de paridade de armas entre as partes no processo civil a autoriza (art. 5º, I, CRFB).<sup>143</sup>

Sobrevindo o CPC/2015 esse dissenso de entendimento doutrinário, nota-se, perdeu adeptos, em especial diante da troca da expressão “contestação” para “resposta”, introduzida pela redação adotada no *caput* do seu art. 343, tal como observa Luís Guilherme Aidar Bondioli, *in verbis*:

“... perceba-se que a intimação prevista no art. 343, § 1º, do CPC é para resposta, e não mais para mera contestação, como previsto no

---

143 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 322.



art. 316 do CPC de 1973. Assim, a reconvenção da reconvenção ganha um incentivo direto do legislador.”<sup>144</sup>

Vale ressaltar que aqueles que sustentavam o não cabimento da reconvenção à reconvenção (reconvenção sucessiva) expendiam como apoio a esse seu entendimento, em síntese, três principais argumentos: i) ausência de previsão legal (restrita ao réu); ii) vedação da ampliação da demanda inicial, pelo autor; e iii) possibilidade de reconvenções infinitas, o que desvirtuaria o princípio da economia processual em que se fundamentava o instituto da reconvenção.

Por sua vez, aqueles que sustentavam o cabimento expendiam como apoio i) a inexistência de vedação legal; ii) não se tratar de ampliação da demanda inicial; e iii) que a reconvenção à reconvenção se limitava à conexidade com a reconvenção proposta pelo réu, o que afastava a possibilidade de procedimentos infinitos.

Esse dissenso de entendimento, cabimento ou não da reconvenção sucessiva, também se refletia na jurisprudência da época. Por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 70061822409, ocorrido em 26.9.2014, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou o cabimento da reconvenção sucessiva, *in verbis*:

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. "RECONVENÇÃO DA RECONVENÇÃO". DESCABIMENTO. O instituto da reconvenção é destinado ao réu, e a abertura ao autor geraria, de certa forma, a possibilidade de aditamento da inicial, além de tumulto processual. NEGADO SEGUIMENTO MONOCRATICAMENTE (Agravo de Instrumento, Nº 0061822409).

Com a entrada em vigência do CPC/15, entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encaminha-se pela admissão da reconvenção à reconvenção no ordenamento processual brasileiro, tal como se pode constatar em recente julgamento prolatado no Recurso Especial n.1.690.216/RS, em cuja ementa restou assentado que:

“NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL QUE SOLUCIONOU OS IMPEDIMENTOS APONTADOS AO CABIMENTO. INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA E NÃO DE CONTESTAÇÃO. ART. 343, §1º. VEDAÇÃO EXPRESSA DA RECONVENÇÃO SUCESSIVA APENAS NA HIPÓTESE DE AÇÃO MONITÓRIA. ART. 702, §6º.

---

<sup>144</sup> BONDIOOLI, Luis Guilherme Aidar, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo. Saraiva, 2017, pág. 105.

ADMISSIBILIDADE CONDICIONADA AO SURGIMENTO DA QUESTÃO QUE JUSTIFICA A RECONVENÇÃO SUCESSIVA APENAS NA CONTESTAÇÃO OU NA PRIMEIRA RECONVENÇÃO. SOLUÇÃO INTEGRAL DO LITÍGIO NO MESMO PROCESSO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMIA PROCESSUAL, SEM AFRONTA À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.”

- Julgamento em 22.09.2020.

Desse modo, embora não se possa afirmar o fim definitivo do dissenso, quer na doutrina quer na jurisprudência, é possível constatar que já se tem um encaminhamento e aceitação unânime de entendimento pelo cabimento da reconvenção à reconvenção, ou reconvenção sucessiva, em nosso atual Ordenamento Processual Civil.

## 5. Considerações finais

Muito embora a possibilidade de oferecimento de reconvenção à reconvenção, também chamada de reconvenção sucessiva, não tenha contado com uniformidade de entendimento entre os doutrinadores brasileiros, assim como, entre nossos Tribunais; uns entendendo pela possibilidade, outros negando; com a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015 se pode sustentar que houve esvaziamento desse dissenso de entendimento, em especial diante dos novos elementos normativos incorporados por este último estatuto processual (CPC/15).

Nesse sentido há de se ter presente que para todos aqueles que integram uma relação processual há de ser dispensado igual tratamento, o que inclui a obrigatoriedade de assegurar igual oportunidade para utilização de todos os meios legais de submissão e de defesa de seus interesses e direitos à apreciação judicial (CF, art. 5º, *caput* e inc. XXXV e CPC, art. 7º).

Desse modo, a leitura da expressão “*é lícito ao réu propor reconvenção*”; constante do *caput* do art. 343, do CPC; deve ser feita em harmonia com o comando constitucional da igualdade de tratamento (CF, art. 5º, *caput*), assim como em harmonia com similar comando acolhido no art. 7º do CPC/15, extraíndo-se da retro mencionada expressão, portanto, não uma norma restritiva, mas sim, norma que institui meio processual de defesa de direito próprio, num primeiro momento como meio facultado ao réu e extensivo ao terceiro (§ 4º, do art. 343, do CPC/15) e, num segundo momento e por necessária dispensa de paridade de tratamento, ao próprio autor da ação originária.

Por outro lado, ao dispor que “*Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para apresentar resposta...*” (CPC/15, art. 343), e não mais “*... para apresentar contestação...*”, tal como constava do Código anterior (CPC/73, art. 316), resta

inequívoco que essa expressão, “apresentar resposta”, abrange todos os meios de resposta, dentre eles, aí incluída a reconvenção, no caso, reconvenção à reconvenção.

Ainda, muito embora não contenha expressa disposição admitindo o cabimento da reconvenção à reconvenção (reconvenção sucessiva), o Código de Processo Civil de 2015 é expresso em vedá-la, única e exclusivamente, na ação monitória (§ 6º, do art. 702), o que implica concluir pela sua admissibilidade, em regra, nas demais ações.

De tudo o quanto foi objeto da pesquisa e exposto, conclui-se que o atual ordenamento processual brasileiro, ao incorporar o instituto da reconvenção como meio processual facultado para postulação de pretensão própria (ação), no mesmo processo e juízo em que se é demandado, contempla o réu em face da ação originária, tal como se extrai da literal disposição do *caput* do art. 343, do CPC, e também, implicitamente, o autor da ação originária, este em face da ação reconvenicional, tudo em respeito aos princípios da isonomia, da inafastabilidade da jurisdição e da paridade de tratamento e, portanto, tem-se que o CPC/15 admite a “reconvenção à reconvenção”, ou “reconvenção sucessiva”, restando insustentável o entendimento pelo não cabimento.

## 6 - Referências

**ARAÚJO**, José Henrique Mouta. *Objeto litigioso do processo: reflexões sobre o tema. Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Vol 2. Fredie Didier Jr (org.). Salvador: Juspodivm, 2010.

**BONDIOLI**, Luis Guilherme Aidar, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo. Saraiva, 2017, pág. 105.

**BONDIOLI**, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

**BRASIL**. *Código de Processo Civil*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 02/12/2021.

**BRASIL**. *Lei nº 9.289/1996*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9289.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9289.htm). Acesso em 02/12/2021.

**BUENO**, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

**DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

**DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. São Paulo: Malheiros, 2003.

**PASSOS**, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III*. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

**ECHANDIA**, Hernado Devis. *Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I*. 56ª ed. Ver. atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

**GIANESINI**, Rita. *Alguns aspectos da reconvenção, in RePro, ano 2, vol. 7/8*, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez 1977.

**LUCON**, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre Demandas*. 2ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

**LUCON**, Paulo Henrique dos Santos. Admissibilidade da reconvenção segundo o código de processo civil de 2015. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. p. 637-651. Salvador: Juspodivm, 2018.

**MARINONI**, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 322.

**MEDINA**, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

**NERY JÚNIOR**, Nelson; NERY, Rosa M. A. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 610.

**NEVES**, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Volume Único*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

**SANTOS**, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. 3ª ed. correta e atualizada. São Paulo. MAX LIMONAD, 1966.

**SOUZA PINTO**, José Maria Frederico de. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro, Tomo I, vol. II*. Rio de Janeiro. CASA DOS EDITORES EDUARDO E IENRIQUE LAEMMERT, 1850, pág. 46.

**TUCCI**, José Rogério Cruz e. *Da Reconvenção (Perfil histórico dogmático)*. São Paulo. SARAIVA, 1984.

## **EDUCAÇÃO AMBIENTAL E DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO DAS ESCOLAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DOS ASPECTOS HISTÓRICOS, LEGAIS, DAS CONTRIBUIÇÕES E DESAFIOS NA ESFERA SOCIAL**

**SUSAN FRÓES DE ASSUNÇÃO:**

Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Amazonas-UFAM, no curso de Direito.

**VANESSA DE SOUSA BENCHIMOL MERELES**

(coautora)

ADRIANO FERNANDES FERREIRA<sup>3</sup>

**RESUMO:** A temática ambiental exerce papel essencial na vida em sociedade. Neste contexto, o estudo objetiva analisar a relação do Direito Ambiental com a Educação Ambiental no âmbito escolar. Buscou-se também descrever, na seara do Direito Ambiental, o estudo das legislações que embasam a preservação do meio ambiente, bem como analisar as práticas ambientais para o ambiente escolar. Tais análises foram tomadas com a finalidade de identificar mecanismos que transformem saberes jurídicos e ambientais em melhor qualidade de vida para a sociedade. Nesse sentido, a questão norteadora é: como enfrentar a divergência entre a falta de interdisciplinaridade em sala de aula nas escolas públicas acerca de temas ambientais com o próprio desconhecimento de dispositivos legais que tratam do assunto. Para tanto, utilizou-se de revisão bibliográfica, pesquisas legislativas, dados disponibilizados por entes públicos atuantes na esfera ambiental e educacional e elementos públicos disponíveis na rede mundial de computadores, adotando uma visão global, exigida para a questão ambiental. Diante do exposto, tem-se a hipótese de que a Educação Ambiental e o Direito Ambiental podem ser ferramentas para a construção de valores e servir de base para a cidadania.

**Palavras-chave:** Educação Ambiental, Escolas Públicas, Direito Ambiental.

**Abstract:** The environmental theme plays an essential role in life in society. In this context, the study aims to analyze the relationship between Environmental Law and Environmental Education in the school environment. It was also sought to describe, in the field of Environmental Law, the study of laws that support the preservation of the environment, as well as to analyze environmental practices for the school environment. Such analyzes were

taken with the aim of identifying mechanisms that transform legal and environmental knowledge into a better quality of life for society. In this sense, the guiding question is: how to face the lack of interdisciplinarity in the classroom on environmental issues and the lack of knowledge of legal provisions that deal with the subject. In order to do so, we used a bibliographic review, legislative research, data made available by public entities working in the environmental and educational spheres and public elements available on the world wide web, adopting a global vision, required for the environmental issue. Given the above, there is the hypothesis that Environmental Education and Environmental Law can be tools for the construction of values and serve as a basis for citizenship.

**Keywords:** Environmental education, Public Schools, Environmental Law.

## 1. INTRODUÇÃO

O ser humano, ao longo de sua trajetória evolutiva, sempre defendeu uma visão antropocêntrica (GRÜN, 1996). Todavia, por várias vezes, tal pensamento foi duramente contestado ao longo da história. Exemplo foi a derrubada da Teoria Geocêntrica, a qual considerava a Terra como centro do universo e, portanto, o ser humano como centro de tudo. Este primeiro golpe sofrido pela humanidade foi dado pelo astrônomo e matemático polonês Nicolau Copérnico (1473-1543), que por meio de observações e métodos científicos, elaborou a Teoria do Heliocentrismo, colocando a Terra como apenas mais um dentre milhares de corpos celestes, diminuindo assim a relevância humana no universo. Outro golpe sofrido pela humanidade foi dado pelo naturalista inglês Charles Darwin (1809-1802) que, por meio da Teoria da Evolução, deixou claro em sua obra *Origem das espécies* que as formas de vida existentes vieram de outras consideradas inferiores (DARWIN, 1859); tal teoria veio de encontro à ideia de imagem e semelhança a Deus, colocando o ser humano como mais um animal de origem nada sublime ou especial. Com isso, caiu por terra a ideia fixa do livre arbítrio. Para finalizar a sequência de golpes à humanidade e seu egocentrismo, veio a Revolução Industrial, ocorrida no final do século XVIII, considerada a base das revoluções que ocorreriam posteriormente (DEANE, 1969).

A grande demanda por recursos naturais, a exploração desenfreada e, principalmente, a visão de que o ser humano era desintegrado da natureza e, portanto, insuscetível a ela, foi o ponto de partida para grandes desastres ambientais, como o que ocorreu em Londres, conhecido por "smog" ou "névoa matadora", responsável pela morte de mais de quatro mil pessoas (POTT, 2017). Ou ainda a contaminação de água na Baía de Minamata, no Japão, em 1956, tendo por consequência centenas de mortes. Aos poucos, a temática ambiental passou a ser vista como essencial à sobrevivência e não apenas fonte de recursos. A autora Rachel Carson (1907-1964) publicou seu livro intitulado *Primavera silenciosa*, ressaltando o perigo dos compostos químicos e seus impactos na natureza e

saúde, levando a sociedade da época a rechaçar o uso de fertilizantes, defensivos agrícolas como o Dicloro-Difenil-Tricloroetano (CARSON, 1962).

Lentamente, a questão ambiental foi ganhando espaço e, no âmbito brasileiro, a primeira iniciativa vista no século XX em prol do meio ambiente veio com a Lei Federal n.º 4.771 de 1965 (BRASIL, 1965), porém havia muitas incoerências, por não abordar temas como desmatamento com o devido rigor. Vale ressaltar que a consciência ambiental foi ganhando força pela pressão social, sendo que, em 1968, a Unesco realizou a Conferência Internacional sobre Recursos da Biosfera, iniciativa crucial para alavancar o tema e alertar sobre os riscos advindos da sua ignorância.

Nesse contexto de crise global, a Educação Ambiental foi adquirindo cada vez mais inegável importância, na busca por desenvolver ferramentas para preparar o ser humano, no sentido de este assumir sua posição de agente transformador da realidade social e ambiental (RUSCHENSKY, 2022). Assim, ao estabelecer direitos e deveres, tanto ao poder público quanto à coletividade sobre o meio ambiente, a legislação propõe a participação de todos, sendo de extrema importância a aquisição de conhecimentos, habilidades e a reflexão crítica dos problemas ambientais, para que se promova a participação responsável do cidadão nos processos decisórios (KIST, 2010).

O quadro atual aponta para uma crise cada vez maior quando o assunto é meio ambiente, sendo vários setores igualmente afetados, seja através do não acesso à água potável, destruição do solo, contaminação por resíduos tóxicos, poluição atmosférica, dentre tantos exemplos de como destruir o ecossistema (CAMARGO, 2002). Nesse contexto, o advento da Educação Ambiental pode ser considerado verdadeiro alento, uma tentativa de sensibilizar o ser humano, trazendo-o de volta para a natureza, reconhecendo sua intrínseca ligação com os elementos que a compõem.

Se a Educação Ambiental traz em seu bojo a ideia de educar, então o agente transformador mais adequado, porém não único, é a escola e os sujeitos que participam da mesma. De acordo com Dias (2004), as escolas constituem espaços privilegiados na implementação de atividades que propiciem essa reflexão. Além disso, os estudantes necessitam de atividades de sala de aula e atividades de campo com projetos e ações orientados para uma maior participação que levem à autoconfiança, a atitudes positivas e ao comprometimento pessoal com a proteção ambiental implementados de modo interdisciplinar.

Nesse contexto, o advento da Educação ambiental pode ser considerado verdadeiro alento e, quando somada ao Direito Ambiental, que nada mais é que a

consagração do direito humano positivado, tem-se uma importante ferramenta sensibilizadora, trazendo o ser humano de volta para a natureza, possibilitando que ele reconheça sua intrínseca ligação com os elementos que compõem o meio ambiente, trazendo assim qualidade de vida (PELICIONI, 1995).

A Educação ambiental, tão amplamente difundida, compreende as relações sociedade-natureza, intervindo nos problemas de cunho ambiental. Porém, a mesma não se restringe a isso; adotar posturas ambientalmente corretas instiga as pessoas a seguirem rumo a mudanças de valores e atitudes, contribuindo para a formação de um sujeito ecológico. De acordo com Forattini (1991), qualidade de vida tem relação direta com educação ambiental, e o estado de satisfação ou insatisfação está relacionado com as experiências pessoais e está ligada à obtenção de melhores condições de vida. Assim, a Educação Ambiental não apresenta um conceito fechado, aborda antes várias vertentes da vida do ser humano, envolvendo problemas socioambientais, auxiliando na construção de uma consciência ecológica, dentre outras contribuições (CARVALHO, 2004).

Nesse contexto de relações múltiplas analisaremos: a relação do Direito Ambiental com a Educação Ambiental no âmbito das escolas públicas, as ações educativas voltadas para o uso sustentável, descrição dos princípios do Direito Ambiental bem como legislações ambientais, as práticas ambientais aplicadas no ambiente escolar, os desafios da aplicabilidade da Educação Ambiental e do Direito Ambiental na realidade das pessoas, assim como a interdisciplinaridade em sala de aula acerca do tema.

Desse modo, em breve síntese, analisando a ligação entre Educação Ambiental, Educação e Direito Ambiental, pretende-se, assim encontrar formas de enfrentar a falta de interdisciplinaridade em sala de aula acerca de temas ambientais e o próprio desconhecimento de dispositivos legais que tratam da temática ambiental, sendo este o problema balizador deste trabalho.

Por tal objetivo, aplicou-se o método dedutivo, por meio de uma abordagem qualitativa e quantitativa em relação aos seus fins e meios, respectivamente. Realizou-se pesquisas bibliográficas em grandes autores relacionados a assuntos educacionais, além de literatura jurídica ambiental, doutrinas jurídicas e jurisprudência, legislação educacional atualizada, obras baseadas em assuntos sobre Ensino Aplicado, Didática Geral e Processo de Aprendizagem. Adotou-se, assim, uma abordagem multidisciplinar ante à complexidade do tema e como forma de bem responder à questão apresentada.

## **2. CONCEITUAÇÃO DE DIREITO AMBIENTAL E SEUS PRINCÍPIOS**

Para Mukail (1995), o Direito Ambiental seria o conglomerado de várias normas jurídicas, bem como institutos jurídicos que objetivam disciplinar o comportamento humano em relação ao meio ambiente. Assim, uma das características do Direito Ambiental



é a coercibilidade na busca pela construção de uma relação harmônica entre natureza e seres humanos. Para além do lugar comum em afirmar que a natureza é importante, o Direito Ambiental dá ferramentas (princípios) para que se alcance a proteção da vida, garantindo o que diz a Constituição (BRASIL, 1988), quando das garantias a um meio ambiente saudável, além de condições dignas de vida.

Segundo Antunes (1996), os princípios ambientais podem ter caráter implícito ou explícito. Os implícitos seriam aqueles fundamentados na carta Magna de 1988; por sua vez, os explícitos seriam os claramente mencionados na própria Constituição. Um dos princípios a serem aqui tratados é o princípio do direito humano, sendo o mais importante, uma vez que constitui a base de todos os outros princípios. Alicerçado na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), precisamente no artigo 225, está assegurado a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo um bem comum, constituindo dever do Estado e da sociedade a sua devida proteção. Fato é que condições dignas de vida e meio ambiente equilibrado são elementos complementares, os quais encaminham o indivíduo em direção à cidadania plena. Diante disso, o Direito Ambiental tem uma essência democrática e, por ser democrático, esse ramo do Direito da Ciência Jurídica traz vários instrumentos que estão à disposição do cidadão, para que o mesmo concretize seus anseios por uma vida mais digna. Seja através de iniciativas legislativas, seja por meio do direito à informação sobre o meio ambiente, o cidadão tem a possibilidade de interferir diretamente nas questões políticas de seu país.

Outro princípio igualmente importante é o denominado princípio da prudência, o qual determina que se tenha cuidado para não interferir no meio ambiente de maneira prejudicial. Somado a esse princípio tem-se o do equilíbrio, dando a diretriz para que haja uma harmonia entre projetos ambientais e a preocupação com as consequências ambientais, econômicas, sociais advindas do processo. Outro princípio ainda seria o do limite, o qual estabelece que se atente para restrições no que se refere à emissão de partículas na atmosfera, devendo haver um limite aceitável para que essa prática ocorra, somado a esse vem o princípio da precaução, de forma a auxiliar a implantação do Direito Ambiental (COLOMBO, 2012).

Mais um princípio de suma relevância é o denominado poluidor-pagador, com influências econômicas no sentido de que os agentes econômicos devem levar em consideração os custos sociais do processo de produção, assumindo esses encargos. Em outras palavras, esse princípio visa imputar ao agente poluidor o custo social da poluição gerada, exigindo assim que o agente torne-se responsável pelos seus atos perante o meio ambiente. Segundo Milaré (2004), sendo os recursos naturais escassos e que o seu uso acarreta prejuízos ambientais, então nada mais natural que considerar esses impactos no

sistema de preços, pois essa atitude fará com que o mercado pense sobre a questão da escassez. Dessa forma, deve o agente que usa os recursos naturais, suportar igualmente os custos dos prejuízos causados, sempre lembrando que esse princípio não tem o objetivo de gerar taxas abusivas, mas sim de fazer com que o mercado considere que nenhuma atividade é isenta de consequências ambientais. Vale ressaltar que o Direito Ambiental, para conseguir seus objetivos, precisa estar ligado a outros ramos do Direito, como o Administrativo e o Constitucional.

### **3. EDUCAÇÃO AMBIENTAL: CONTEXTO HISTÓRICO**

Sendo a problemática ambiental um tema global, mais países têm buscado soluções conjuntas ou, pelo menos, colaboração além de suas fronteiras. Mudanças climáticas, desertificação, poluição do ar, contaminação dos corpos d'água são consequências do modelo econômico vigente e que, portanto, demanda iniciativas legais compatíveis com o crescimento da globalização (AMORIM FILHO, 2003). Iniciativas de cunho científico fizeram com que a evolução do Direito apontasse caminhos rumo ao debate ambiental internacional.

Os primeiros tratados bilaterais voltados ao meio ambiente e sua proteção foram a Convenção entre França e Grã-Bretanha proibindo a pesca de ostras em certos períodos (1867); a Convenção destinada à conservação das espécies animais na África (1900); a Convenção relativa à conservação de pescados na fronteira do Rio Danúbio (1902). Passos mais relevantes foram dados com a criação das Nações Unidas, em 1945, porém o divisor de águas na esfera ambiental e seu debate deu-se com a Conferência de Estocolmo, em 1972.

Considerada um marco histórico, a Conferência de Estocolmo estabeleceu um plano de ação mundial, recomendando um Programa Internacional de Educação Ambiental. Foi nesse ponto que a Educação Ambiental passou a atrair os olhos do mundo para a sua relevância. Já em 1975, a Unesco promoveu o Encontro Internacional sobre Educação Ambiental em Belgrado, Iugoslávia. No encontro, foram formulados princípios e orientações para um Programa Internacional de Educação Ambiental, segundo os quais esta deveria ser contínua, multidisciplinar, integrada às diferenças regionais e voltada para os interesses nacionais. A discussão sobre as terríveis disparidades entre os países do Norte e do Sul gerou, nesse encontro, a Carta de Belgrado, na qual se expressava a necessidade do exercício de uma nova ética global, que proporcionasse a erradicação da pobreza, da fome, do analfabetismo, da poluição e da dominação e exploração humana. Nesse sentido, nos ensina Dias que a Conferência de Belgrado promoveu os seguintes objetivos:

Elevar a conscientização e sensibilidade em relação ao meio ambiente;

Propiciar uma compreensão básica, principalmente com relação ao ser humano e suas atitudes;

Propiciar mudanças nas atitudes;

Proporcionar condições para que os indivíduos e grupos sociais adquiram as habilidades necessárias a esta participação ativa;

Desenvolver o senso de responsabilidade nas questões ambientais (DIAS, 2004, p.79).

Seguindo esta tendência, em 1977, celebrou em Tbilisi, a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, sendo que nesta conferência foi estabelecido objetivos e estratégias voltados à educação ambiental, sendo esta classificada como elemento essencial para a educação global. Passados dez anos desde a Conferência de Tbilisi, realizou-se o Congresso Internacional sobre a Educação e Formação Relativas ao Meio Ambiente (1987), em Moscou, Rússia, promovido pela Unesco, cujo intuito foi apontar, dentre outras demandas, a inclusão da Educação Ambiental em todos os níveis de ensino.

Por sua vez, em meados de 1992, criou-se a Agenda 21, no Rio de Janeiro. Subscrita pelos governantes de mais de 170 países que participaram da Conferência oficial, dedicou todo o Capítulo 36 à "Promoção do Ensino, da Conscientização e do Treinamento". Este capítulo contém um conjunto de propostas que ratificaram, mais uma vez, as recomendações de Tbilisi, reforçando ainda a urgência em envolver todos os setores da sociedade através da educação formal e não-formal.

O Brasil também deu sua contribuição na proteção ambiental, isto se deu graças ao movimento da Agenda 21. Não esquecendo, claro, a contribuição essencial prevista no Capítulo VI dedicado da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), precisamente no artigo 225 da Carta Magna. Consequências da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92) para o país foram a criação da Carta Brasileira para Educação Ambiental que, em parceria com o Ministério da Educação e Cultura (MEC), estimulou a participação da comunidade e das instituições de ensino superior, com o objetivo de inserir a Educação Ambiental nos mais variados graus de ensino (TREVISOL, 2003).

Para muitos especialistas no assunto, foi a partir da Rio-92 que o Brasil deixou de lado seu posicionamento refratário e assumiu, ainda que gradualmente, um papel de protagonista nas questões ambientais (LIMA, 2011). Segundo o Ministro do Superior

Tribunal de Justiça (STJ), Herman Benjamin, a Rio-92 levou os países a ver o meio ambiente como assunto estratégico. A Eco-92, como também ficou conhecida, alavancou a conscientização para temas como mudanças climáticas, mecanismos e sistemas de controle do direito ambiental e proporcionou o avanço de dispositivos legais voltados ao ambiente em vários países.

Outra consequência a ser mencionada foi o Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global. Resultante da Jornada de Educação Ambiental, elaborado pelo fórum das ONGs, explicita-se o compromisso da sociedade civil para a construção de um modelo mais humano e harmônico de desenvolvimento, onde se reconhecem os direitos humanos da terceira geração, a perspectiva de gênero, o direito e a importância das diferenças e o direito à vida, baseados em uma ética biocêntrica (GADOTTI, 2002).

#### **4. DESAFIOS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA ESFERA JURÍDICA**

Em pleno século XXI é indiscutível a evidente necessidade de se resgatar o respeito a todas as formas de vida, principalmente, a que se refere, a ecologia, o meio ambiente mundial. Em tempos em que se propaga pensamentos egocêntricos e duvidosos a respeito dos próprios estudos científicos, é fundamental idealizar e agir o mais rápido possível para enfrentar os desafios da inserção da educação ambiental neste século, fomentando assim, a noção de “sustentabilidade democrática” (ACSERALD *et al.*, 2003, p. 28).

Desde os primórdios, a preocupação maior dos seres humanos é desenvolver-se, crescer num ambiente harmonioso entre natureza e os outros indivíduos, o que não pode ser diferente em tempos atuais. É preciso resgatar a essência deste cuidado para com o mundo, para se fazer compreender que para termos uma melhor qualidade de vida, o mundo afora precisa estar saudável (ARRUDA, 2003).

A Constituição (BRASIL, 1988) inseriu no ordenamento brasileiro, em iniciativa inédita, um capítulo versando especificamente sobre meio ambiente, considerando-o como um bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de preservá-lo para as gerações presentes e futuras. Iniciativa louvável, uma vez que, até meados dos anos 80 não havia legislação sobre o meio ambiente, apenas regulamentações escassas e esparsas. Não por acaso, essa mudança no Direito brasileiro sofreu influências diretas da Conferência de Estocolmo, de 1972, onde surgia o direito à vida e ao meio ambiente preservados. Então, apesar de praticamente ausentes no Brasil, esforços legais foram surgindo, claro, com a pressão da sociedade. Pressões internas e externas fizeram, então, com que ocorresse uma mudança de paradigmas sobre o meio ambiente. A Carta Magna também instituiu medidas e providências cabíveis tanto à União como aos Estados e municípios e que se destinam a

assegurar a efetividade do Meio Ambiente equilibrado, presentes nos incisos I a VIII do art. 225. A inserção de um capítulo tratando, especificamente, das questões ambientais é reflexo, já neste tempo, de uma consciência de preservação, em decorrência dos problemas ambientais emergentes e das pressões populares que se iniciaram a partir da década de 70, com a organização da sociedade civil brasileira. A efetividade da Lei surgiu a partir da atribuição dos poderes ao Ministério Público, pela própria Constituição, depois pelo Código de Defesa do Consumidor e, também, valorizada pelas atividades desenvolvidas pelos órgãos ambientais. Desde então, os infratores, principalmente as empresas poluidoras, passaram a ser obrigadas a adotar uma política de preservação ambiental, sob o risco de punição com severas e pesadas penas. Assim, a Carta Magna elevou o meio ambiente ao patamar de bem fundamental, dispondo em seu Artigo 225, não mais como bem consumível, mas antes como bem de uso comum do povo sem, no entanto, depredá-lo.

A abertura proporcionada pela Carta Magna fez também com que outras leis e novas normas importantes saíssem da teoria e ganhassem vida na prática. Ainda em 1988, por exemplo, destaque para a Lei Federal n.º 9.433/97 (BRASIL, 1997), que criou os comitês de gerenciamento de bacias; para a Legislação das Embalagens dos Agrotóxicos e as resoluções do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, editadas na mesma época. No momento em que institui um Estado democrático destinado a assegurar à sociedade brasileira, entre outros direitos, o de bem-estar, conseqüentemente prega-se a ideia de um Estado que desenvolva atividades no sentido do homem se sentir em perfeita condição física ou moral, primando pelo bem-estar humano, pela existência de um meio ambiente livre de poluição e de outras situações que lhe causem danos. Esse é o resultado da participação do poder público na defesa do meio ambiente, unindo esforços em torno da preservação das riquezas do ecossistema, visando a integração do ser humano à natureza, na busca por maiores qualidades de vida, objetivando a formação do indivíduo ecologicamente correto. A qualidade do Meio Ambiente é hoje um valioso patrimônio que deve ser preservado e recuperado, onde o Poder Público, pelo comando imperativo das normas, tem o dever de assegurar a qualidade de vida, que conseqüentemente implica em boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde e segurança.

A lei de educação ambiental regida em nosso país é a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999 (BRASIL, 1999), com quatro capítulos e 21 artigos no total. É uma lei que apesar de primordial, não é comum sua citação em âmbito escolar. Também estabelece a Política Nacional de Educação Ambiental – Pnea. Para maior esclarecimento, é necessário que haja uma breve interpretação da letra de lei, para que assim se perceba a importância de submeter esta lei nas práticas escolares. Logo em seu art. 1º é possível verificar a conceituação de Educação Ambiental:

Art. 1.º Entendem-se por Educação Ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (BRASIL, 1999).

Já em seu artigo segundo é instituído a importância dessa educação em todas as esferas educacionais:

Art. 2.º A Educação Ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal (BRASIL, 1999).

No Art. 3º é instituído a quem cabe implementar a educação ambiental, que antes de tudo, é um dever de todos, porém este artigo descreve as entidades ou órgão que possui esse papel fundamental, sejam eles: o Poder Público, as instituições educativas, os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente, os meios de comunicação de massa, às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, à sociedade como um todo; cada um possuindo um objetivo específico de acordo com suas atribuições.

Art. 3º – Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à Educação Ambiental, incumbindo: I – ao Poder Público, nos termos dos Arts. 205 e 225 da Constituição Federal de 1988, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a Educação Ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente; II – às instituições educativas, promover a educação ambiental de maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem; III – aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama, promover ações de educação ambiental integradas aos programas de conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente; IV – aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação; V – às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos

trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como 80 sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente; VI – à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais (BRASIL, 1999).

## **5. EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO AMBIENTE ESCOLAR: COMO TRABALHAR EDUCAÇÃO AMBIENTAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS**

Não há dúvidas da importância da implementação da educação ambiental no ensino escolar, além de ser um direito, como bem foi descrito acima. Porém, este direito, por vezes, encontra barreiras para ser implementado de forma legítima e com qualidade em escolas públicas. Não há a possibilidade de se abster dos sérios desafios estruturais, financeiros e até mesmo culturais que essas escolas possuem. Pois, inicialmente, é preciso que o ambiente escolar seja favorável ao desenvolvimento de conhecimentos, sejam eles cognitivos ou práticos. Para Piaget, "o desenvolvimento do indivíduo está centrado na relação entre o que o organismo traz e as circunstâncias oferecidas pelo meio". (PIAGET apud KRAMER, 2000, p. 29).

E se tratando de educação ambiental, é primordial que as escolas públicas tenham um meio adequado para se praticar esta matéria, afinal, por muitos momentos será preciso que os alunos materializem o que aprenderam em sala de aula. Como bem colocado nas legislações de educação ambiental, há de se pensar em formações continuadas para professores e demais profissionais da escola, para que todos estejam engajados em uma só causa e partam para a efetivação do planejamento ambiental.

As Secretarias de Educação tem papel fundamental na gestão de projetos escolares voltados para o assunto, podem não só organizar projetos de conscientização do meio ambiente e afins, mas também premiar e prestigiar alunos e professores que participem e coloquem em prática seus projetos, levando em consideração, principalmente, as dificuldades encontradas, mas, ainda assim, obtiveram êxito. É uma forma simples e eficaz para adentrar a matéria no universo escolar. Conforme a prática exemplificada abaixo, retirada do sítio *semed.manaus.am.gov.br/*:

O "Prêmio Nestlé por Crianças Mais Saudáveis", que existe há três anos e por dois anos seguidos, foram as escolas municipais que obtiveram destaque. O valor da premiação é de R\$ 35 mil

(trinta e cinco mil reais) e as escolas de qualquer Estado apresentam seus projetos desenvolvidos ao longo do ano. A escola municipal Professor Waldir Garcia, localizada no bairro São Geraldo, zona Sul de Manaus (capital do Estado do Amazonas) com o projeto “Horta Escolar semear, cuidar e colher para todos nutrir e envolver”, foi uma das oito escolas que venceram e levaram o prêmio. O projeto foi elaborado pela Professora Vera Aguiar e teve a participação de 227 alunos do ensino fundamental I. O objetivo do projeto, segundo a Secretaria Municipal de Educação (SEMED), é ofertar aos alunos uma melhor qualidade de vida, além de revitalizar a horta da própria escola. Segundo a Professora “As crianças precisam desse conhecimento, de onde encontrar uma boa alimentação, hidratação e saber diferenciar o que é verdura e legume. Todo esse conhecimento é muito importante, e quem sabe possa incentivar a criança, que tiver um espaço em casa, a criar uma horta de onde poderá colher alimentos, assim como fazemos na escola. Tudo o que colhemos na horta da Waldir Garcia é servido na merenda escolar”. O prêmio foi investido para melhorias na escola em diversos setores para a melhor aprendizagem dos alunos. Para a escola, o mais importante é destacar o conhecimento que estes alunos adquiriram desde o início e desenvolvimento do projeto. Projeto simples, que utilizou do espaço de terra ocioso da escola e ajudou tanto o crescimento teórico a respeito da matéria quanto o crescimento pessoal, racional, consciente de que devemos cuidar da terra, cultivar, proteger o meio ambiente, pois é por meio dele que obtemos recursos naturais. (MARINHO, SEMED MANAUS, 2020)

## **5.1 PARÂMETROS CURRICULARES NACIONAIS E MEIO AMBIENTE COMO TEMA TRANSVERSAL**

Não obstante, os Parâmetros Curriculares Nacionais, no que tange sobre Meio Ambiente, coloca o professor como a principal ponte de conhecimento para transmitir e conscientizar os alunos para a realidade socioambiental, tornando-os mais críticos e atuantes para com o tema. Mas o professor deve ir além de conhecimentos técnicos, teóricos e conceituais, é necessário se formar valores e fazer com que o aluno não limite o assunto apenas à escola (PCN’s, 1997).



O tema Meio Ambiente é bastante abrangente, portanto, o professor deve relacioná-lo com o dia a dia dos alunos, fazer com que eles percebam que pequenas práticas ambientais não devem ser realizadas somente na escola ou porque alguém está às "exigindo", e, sim, que tais práticas precisam atingir o mundo afora e que sejam manifestadas de forma voluntária pelo próprio discente.

Toda pesquisa de forma transversal é essencial, pois deve haver o entrelaçamento das variadas disciplinas juntamente com o conhecimento individual de cada um. Unir outros profissionais da área para um melhor desenvolvimento do assunto trará um pensamento mais racional e contextualizado. Desse modo, haverá uma consolidação eficaz da criticidade e agregação das questões ambientais, além de uma ação mais segura dentro da realidade de cada aluno (PCN'S, 1997).

## **5.2 IMPACTOS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL: CONTRIBUIÇÕES DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA COMUNIDADE ESCOLAR E NA SOCIEDADE**

Não há como dissociar a educação ambiental da comunidade escolar e sociedade como todo, afinal todos estão inseridos em um único mundo que depende da contribuição de todos para o melhor cuidado com o meio ambiente. A formação de valores é essencial no processo de ensino-aprendizagem, um dos primeiros pontos cruciais para a disseminação desta aprendizagem além do ambiente escolar, visto que, uma vez internalizado todo o conhecimento adquirido a respeito do tema pelo aluno, automaticamente ele levará informações a respeito do assunto. Além disso, como diria Curado e Angelini (2006, p. 369) deve-se "proporcionar oportunidades de reflexão sobre valores, indispensáveis a mudanças que estejam em equilíbrio com a conservação dos recursos naturais comportamentais." E a educação ambiental é direito de todos, sendo formal e não-formal, ou seja, é necessário averiguar de que modo este ensino será repassado para acordar com a real situação da comunidade escolar.

A transformação social e de pensamento acontece, por muitas vezes, de forma individual, mas todos sabemos que não estamos sozinhos nesta terra, assim, a coletividade também precisa passar por um processo de transformação. A escola precisa agir de acordo com a situação local a qual faz parte, não haverá resultados positivos se a aplicação dos saberes for muito distante das condições sociais e culturais dos alunos e comunidade escolar. É necessário se trabalhar estrategicamente, pensando sempre em questões socioambientais atuais, e relacionando as ações e reflexões com as vivências cotidianas. Paulo Freire, afirma a necessidade de o educador assumir o "compromisso com os destinos do país. Compromisso com seu povo. Com o homem concreto. Compromisso com o ser mais deste homem" (2007, p. 25).

Como por exemplo, promover campanhas juntamente com os alunos sobre a coleta seletiva de lixos por meio de passeatas ou até mesmo palestras para os responsáveis na própria escola. Realizar projetos que evidenciem a conscientização das pessoas que moram ao redor da escola para a importância do descarte do lixo no lugar certo, entre outros. Incentivar e fazer com que a comunidade escolar compreenda que ela também faz parte do desenvolvimento de uma educação ambiental, e que assim, possa não só ter um pensamento crítico a respeito, mas também perceba que deve conectar-se e trabalhar com a escola para o melhor crescimento social e cultural de todos.

## **6. CONCLUSÃO**

É notório que se deve haver uma intensificação do ensino de educação ambiental nas escolas públicas, para que se faça cumprir a lei em que todos têm direito à educação ambiental, seja do âmbito formal ou não-formal. A relevância da temática ambiental vai além das paredes de uma escola, ultrapassando as questões meramente teóricas, uma vez que o meio ambiente é um bem de todos, assegurado pela Constituição, exigindo assim uma postura ativa por parte do Estado e da sociedade, uma vez que a interação entre natureza e seres humanos sempre gerou impactos significativos. Sabendo que tais impactos geram consequências danosas do ponto de vista ambiental, social e até mesmo cultural, o Estado, através de dispositivos legais, vem atuando de forma a minimizar a problemática ambiental, um exemplo disso foi a criação da Política Nacional do Meio Ambiente, dispositivo legal cuja finalidade é formular e aplicar os mecanismos de proteção ao meio ambiente, possibilitando a harmonia entre desenvolvimento e preservação dos recursos naturais.

Portanto, diante da essencialidade do meio ambiente, é dever das instituições de ensino realizar a propagação da educação ambiental no setor escolar de todas as esferas, pois todo estudante tem direito a ela. Apesar de haver dados que comprovem que as escolas integram este ensino com outros projetos e disciplinas, é necessário haver uma relação com a Política Nacional de Educação Ambiental, pois assim ocorrerá uma melhor universalização. Os órgãos competentes devem assegurar uma melhor estrutura escolar e aprimoramento na formação dos educadores para a transmissão deste ensino.

Finalmente, concluiu-se que a preocupação com o melhor desenvolvimento da educação ambiental demonstra cuidado com os alunos, educadores, comunidade, sociedade e com o planeta Terra. Este é o momento para construir valores, promover a cidadania, pensar na transformação de um futuro melhor para todos e, principalmente, reviver o sentimento que fazemos parte da natureza.

## **7. REFERÊNCIAS**

ACSERALD, H. *et al.* Novas premissas da sustentabilidade democrática. **Projeto Brasil Sustentável e Democrático**. Rio de Janeiro: Fase, Série Cadernos de Debate, n. 1, 2.ed., 2003.

AMORIM FILHO, O. B. *et al.* **Epistemologia, cidade e meio ambiente**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2003.

ANTUNES, P. B. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARRUDA, M. **Humanizar o infra-humano: a formação do ser humano integral: homo evolutivo, práxis e economia solidária**. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2003.

BRASIL. **Lei Federal n.º 4.771**, de 15 de setembro de 1965. Rio de Janeiro: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 1965.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm)> Acesso em: 15 de mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9795**, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental. Política Nacional de Educação Ambiental. Brasília, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm)> Acesso em: 15 de mai. 2022

BRASIL, Ministério da Educação, (1997). **Parâmetros Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental**. Brasília, MEC/SEF.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais: meio ambiente, saúde** / Secretaria de Educação Fundamental. – Brasília: 128p.

CAMARGO, Ana Luiza Brasil. **As dimensões e os desafios do desenvolvimento sustentável: concepções, entraves e implicações à sociedade humana**. 2002. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Engenharia de Produção). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/82981/182356.pdf?sequence=1>> Acesso em: 12 fev. 2022.

CARVALHO, I.C.M. **Educação Ambiental: a formação do sujeito ecológico**. São Paulo: Cortez, 2004.

CARSON, R. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

COLOMBO, S. O Princípio da Precaução no Direito Ambiental. **REMEA - Revista Eletrônica Do Mestrado Em Educação Ambiental**, 14. DOI10.14295/remea.v14i0.2889.

Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/remea/article/view/2889>> Acesso em: 25 fev. 2022.

CURADO, P. M. *et al.* Avaliação de atividade de Educação Ambiental em trilha interpretativa, dois a três anos após sua realização. **Acta Sci. Biol. Sci.** Maringá, v. 28, n. 4, p. 395-401, Oct./Dec., 2006. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/43070014\\_Avaliacao\\_de\\_atividade\\_de\\_Educacao\\_Ambiental\\_em\\_trilha\\_interpretativa\\_dois\\_a\\_tres\\_anos\\_apos\\_sua\\_realizacao\\_Evaluation\\_of\\_environmental\\_education\\_activity\\_in\\_the\\_interpretative\\_trail\\_two\\_to\\_three\\_years](https://www.researchgate.net/publication/43070014_Avaliacao_de_atividade_de_Educacao_Ambiental_em_trilha_interpretativa_dois_a_tres_anos_apos_sua_realizacao_Evaluation_of_environmental_education_activity_in_the_interpretative_trail_two_to_three_years)> Acesso em: 25 fev. 2022.

DARWIN, C. **On the origin of species by means of natural selection**. London: John Murray, 1859.

DEANE, P. **A revolução industrial**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

DIAS, G. F. **Educação Ambiental: princípios e práticas**. São Paulo, Gaia, 2004.

FORATTINI, O. P. Qualidade de vida e meio urbano: a cidade de São Paulo, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, 25:75-86,1991. DOI 10.1590/S0034-89101991000200001. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsp/a/fjv5ywhTMSMF5gZf9n3d8qL/abstract/?lang=pt>> Acesso em: 12 fev. 2022.

FREIRE, P. **Educação e mudança**. 30ª ed.; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

FREIRE, P. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 35ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. (Coleção Leitura)

GADOTTI, M. **Pedagogia da Terra**. 3. ed. São Paulo, Peirópolis, 2002.

GRÜN, M. **Ética e Educação Ambiental: a conexão necessária**. 14ª ed. Campinas: Editora Papyrus, 1996.

KRAMER, Sônia. **Com a pré-escola nas mãos**. São Paulo: Ática, 2000.

KIST, C. P. *et al.* Compreensão de professores de biologia sobre as interações entre ciência, tecnologia e sociedade. **Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências**, v. 10, n. 1, 2010.

LIMA, G. F. C. A institucionalização das políticas e da gestão ambiental no Brasil: avanços, obstáculos e contradições. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 23, p.121- 132. Paraná: Editora UFPR, 2011. Disponível em:  
<<https://revistas.ufpr.br/made/article/viewFile/20948/14461>> Acesso em: 12 fev. 2022.

MARINHO, E. **Pelo segundo ano consecutivo, escola de Manaus é campeã do 'Prêmio Nestlé por Crianças Mais Saudáveis'**. SEMED. MANAUS. Assessoria de comunicação. Disponível em: <<https://semed.manaus.am.gov.br/pelo-segundo-ano-consecutivo-escola-de-manaus-e-campea-do-premio-nestle-por-criancas-mais-saudaveis/#:~:text=Pelo%20segundo%20ano%20consecutivo%2C%20escola,por%20Crian%C3%A7as%20Mais%20Saud%C3%A1veis'%20%C2%AB%20SEMED&text=Pelo%20segundo%20ano%20consecutivo%2C%20uma,Nestl%C3%A9%20por%20Crian%C3%A7as%20Mais%20Saud%C3%A1veis%E2%80%9D>> Acesso em: 13 fev. 2022.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUKAI, T. Aspectos jurídicos da proteção ambiental no Brasil. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v.17 n. 73, jan./mar.,1995.

PELICIONI, Maria Cecília Focesi. **Qualidade de vida das mulheres trabalhadoras das creches conveniadas do bairro Bela Vista do Município de São Paulo**. 1995. Tese (Doutorado). Faculdade de Saúde Pública da USP, São Paulo, 2017.

POTT, C. M. *et al.* Histórico ambiental: desastres ambientais e o despertar de um novo pensamento. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 271-283, Apr. 2017. DOI 10.1590/s0103-40142017.31890021. Disponível em:  
<<https://www.scielo.br/j/ea/a/pL9zbDbZCwW68Z7PMF5fCdp/abstract/?lang=pt>> Acesso em: 12 fev. 2022.

RUSCHEINSKY, A. **Educação ambiental: abordagens múltiplas**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

TREVISOL, J. V. **A educação em uma sociedade de risco: tarefas e desafios na construção da sustentabilidade**. Joaçaba: UNOESC, 2003.

## **SHARENTING E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS FILHOS EM DECORRÊNCIA DA SUPEREXPOSIÇÃO PELOS PAIS NA INTERNET**

**MARIANA OLIVEIRA SANTOS:**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogada.

**RESUMO:** O mundo digital é palco dos mais diversos fenômenos sociais na contemporaneidade. Dentre eles, destaca-se o *Sharenting*, que consiste na divulgação de imagens, vídeos ou qualquer outra informação pessoal de crianças e adolescentes pelos seus pais na Internet. Não há dúvidas de que o fenômeno é importante mecanismo para aproximar familiares e amigos, bem como para permitir uma troca de experiências entre pais que se encontrem em situações semelhantes. No entanto, o *Sharenting* traz implicações no âmbito dos direitos da personalidade do filho, viola seus dados pessoais, traduzindo uma potencialidade lesiva dos atos praticados na Internet tanto no tocante à segurança quanto à privacidade das crianças, o que merece análise da normativa pátria sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Sharenting*; Superexposição de crianças e adolescentes; Direitos da personalidade.

**ABSTRACT:** The digital world is the scene of the most diverse social phenomena nowadays. Among them, Sharenting stands out. Sharenting is the practice of exposing images, videos or any other personal information of children in the internet by their parents. There is no doubt that the phenomenon is an important mechanism to bring family and friends together, as well as to allow an exchange of experiences between parents who find themselves in similar situations. However, Sharenting has implications for the rights of the child's personality, violate their personal data, reflecting a harmful potential of online acts both in terms of safety and privacy of children, which deserves analysis of the brazilian's law on the subject

**KEYWORDS:** Sharenting; Oversharing of children; Personality Rights.

### **1.INTRODUÇÃO**

Com a Era Digital, observa-se, hoje, uma verdadeira tendência a substituir os álbuns de fotografia, antes privados, por uma exposição pública da família. Vivenciamos o que Umberto Eco chama de "síndrome do olho eletrônico", que consiste na vontade insaciável e incontrolável de fazer registro fotográfico dos mais triviais momentos da vida. Diante disso, o ambiente virtual acaba sendo palco de diversos fenômenos que envolvem a privacidade.

É nesse cenário que vem crescendo a prática do *Sharenting*, expressão inglesa utilizada pela primeira vez em 2012 no *The Wall Street Journal* para designar a conduta de pais que publicam de maneira excessiva nas redes sociais fotos, vídeos ou qualquer outra informação sobre os seus filhos em variadas situações do cotidiano. Essa prática produz implicações no âmbito da privacidade das crianças e dos adolescentes, evidenciando um suposto conflito entre a liberdade de expressão dos pais e a proteção dos dados pessoais dos menores.

O presente artigo centra-se, portanto, na análise do *Sharenting*, com objetivo de compreender o ambiente em que esse fenômeno ganha espaço, os fatores que influenciam o seu crescimento e os problemas dele decorrente.

## **2.SHARENTING E O PROBLEMA DA SUPEREXPOSIÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES**

De acordo com José Alcebiades de Oliveira Jr. (2000, p. 100), existem, atualmente, direitos de quinta geração, definidos como aqueles oriundos da realidade virtual. De fato, a Internet adentrou de forma tão intensa na vida das pessoas que aqueles indivíduos que não estão no mundo online começam a ser considerados à margem da evolução. Hoje, tudo pode ser feito pela web, desde um acesso a um portal de notícias até transações comerciais. Para além de uma mera revolução tecnológica, vivencia-se o crescimento de diversas questões jurídicas decorrentes dessa nova forma de inter-relacionamento. (VASCONCELOS, 2007, p. 21)

Com efeito, os avanços tecnológicos advindos da Era Digital permitiram modificar as relações interpessoais tal como se conhecia. A introdução da Internet no cotidiano dos indivíduos, sobretudo no tocante às redes sociais, foi responsável por diminuir as barreiras geográficas e aproximar familiares e amigos que, por meio de interações na plataforma, deslocam para o ambiente público atos que antes eram restritos ao privado.

Dessa forma, “álbuns de fotografia, antes privados, deram lugar à exposição pública de família, amigos, jantares, festas e celebrações. Diários foram substituídos em certa medida por blogs e, depois, por postagens em redes sociais.” (BRANCO, 2017, p. 51)

Nesse panorama, o ambiente virtual torna-se palco dos mais diversos fenômenos que envolvem a privacidade, dentro os quais o *Sharenting*. O *Sharenting*, expressão inglesa utilizada pela primeira vez em 2012 pelo *The Wall Street Journal*, consiste na junção das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (paternidade), sendo utilizado para designar a conduta de pais que compartilham nas redes sociais fotos, vídeos ou qualquer outro tipo de informação sobre seus filhos nas mais diversas situações do cotidiano, permitindo a

troca de experiências sobre a maternidade e paternidade. Isto é, o *Sharenting* faz com que as redes sociais sejam utilizadas pelos adultos não apenas para compartilhar informações sobre suas próprias vidas, mas também sobre a de seus filhos.

Em outros termos:

A prática consiste no hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em aplicações de internet. O compartilhamento dessas informações, normalmente, decorre da nova forma de relacionamento via redes sociais e é realizado no âmbito do legítimo interesse dos pais de contar, livremente, as suas próprias histórias de vida, da qual os filhos são, naturalmente, um elemento central. (EBERLIN, 2017, p. 258)

Frise-se, por oportuno, que não há uma forma específica de compartilhamento, porquanto este pode ocorrer tanto no perfil pessoal dos pais, como também estes podem criar um perfil próprio para seus filhos ainda pequenos. Quanto a essa manifestação do fenômeno por meio da criação de perfis para crianças nas redes sociais, Eberlin (2017, p. 258) aduz que tem sido uma prática bastante comum:

É o caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer. Tal rede social será alimentada com fotografias, recordações sobre aniversários, primeiros passos, primeiros dias na escola, amigos, animais de estimação, relacionamento com familiares e várias outras informações.

A paternidade, mas principalmente a maternidade, pode ser muito solitária. Dessa forma, ao postar fotos do cotidiano dos filhos e receber uma curtida ou comentário, formam-se verdadeiros laços sociais entre aqueles que interagem (TATIT, 2018). A sensação de ser acolhido na *web* faz com que a prática de compartilhar informações pessoais sobre os pequenos aumente com o tempo. Uma festinha de aniversário, uma viagem em família, um troféu do campeonato escolar que participou, tudo tem seu registro nas redes sociais, bastando uma rolagem pela *timeline* para se constatar.

A princípio, parece uma conduta inofensiva por parte dos pais. Contudo, quando essa prática de compartilhar dados sobre os filhos torna-se excessiva, a atenção deve ser redobrada.

Em primeiro lugar, os genitores são levados a uma falsa sensação de segurança de que os dados que compartilham sobre seus filhos serão vistos apenas por um público seletivo. Segundo Stacey B. Steinberg (2017, p. 850), ao optarem por postar as informações em sites que oferecem ao usuário a possibilidade de escolher quem poderá ver a



divulgação ou não, muitos pais acreditam que isso proporciona uma rede segura. Ocorre que até mesmo nesses casos os posts podem alcançar um público maior, pois o fato de restringir a visualização para alguns não impede que estes salvem e repassem os dados em outros meios.

Nesse sentido, apesar de algumas plataformas estabelecerem em seu termo de uso a autorização para que fotos e vídeos postados publicamente possam ser compartilhados por outros usuários, no caso de dados referentes a crianças e adolescentes, a situação é mais complicada. Por força do que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, não é possível repostar ou compartilhar sem o devido consentimento, pois esses termos de uso não podem se sobrepor à legislação do país. Sucede que o mundo online não oferece garantias de que isso seja, de fato, respeitado, pois, diante do intenso fluxo de informações, não há como controlar as imagens disseminadas, bastando um simples *printscreen* (captura de tela) para que o compartilhamento já se torne possível.

Em segundo lugar, urge destacar que, ao publicar dados sobre seus filhos na internet, os pais são responsáveis por criar rastros digitais que poderão ter implicações futuras. Não raro, empresas se utilizam dos referidos dados pessoais para traçar perfil de consumo das crianças. Isto é, há um crescimento da publicidade que, valendo-se da vulnerabilidade dos mais novos, tende a persuadir o consumo de determinados produtos e serviços. Existe, portanto, uma verdadeira exploração econômica das crianças a qual é propiciada diante da disponibilização de seus dados pessoais pelos pais na internet.

Demais disso, há outro problema, que consiste no uso de mecanismos pelos pais com o objetivo de resguardar a segurança de suas crianças, como os equipamentos de GPS que monitoram a localização geográfica. De acordo com Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin (op. cit, p. 260), o uso de dispositivos desse tipo afeta a privacidade dos menores, já que tais ferramentas geram bases de dado sobre a localização da criança, o que pode ser utilizado no futuro para os mais diferentes fins.

Portanto, essa superexposição de dados dos filhos também traz preocupações no âmbito da segurança. Em 2014, por exemplo, um criminoso em Santa Catarina confessou à polícia que arquitetou o sequestro de uma criança de 9 anos a partir das informações que os pais compartilhavam nas redes sociais acerca da localização da escola do menor. O sequestrador ao ser preso informou que “no Facebook mostra tudo [...]. Se vocês puxarem lá vão ver como mostra tudo da vida pessoal. Mostra até dentro da casa deles”, o que demonstra que o problema tem ultrapassado as barreiras do mundo digital e gerado graves consequências no mundo físico.

Arelado a isso, existe o problema concernente ao uso das imagens das crianças em conteúdos relacionados a pornografia infantil. Segundo a Delegacia de Repressão a Crimes de Informática (DRCI), o abuso decorrente da pedofilia está entre os crimes mais praticados na Internet. Uma das práticas mais comuns, atualmente, é o *Morphing*, que consiste na modificação de uma fotografia que, por meio de uma montagem, é transformada numa foto pornográfica. Isto é, editam uma foto e colocam o rosto da criança em um corpo nu ou seminu e, a partir daí, disseminam a imagem nos grupos ligados à pornografia infantil.

Eberlin (op. cit, p. 261) afirma que, sobre as informações pessoais das crianças disponibilizadas por seus próprios pais, recai um interesse que perpassa tanto a simples curiosidade, quanto o objetivo de adotar práticas comerciais ou de cometer crimes ligados à pedofilia. Todavia, em que pese o *Sharenting* tenha se tornado prática cada vez mais recorrente, não se vislumbra uma real preocupação com os riscos futuros que esse hábito pode trazer aos menores. Quanto à temática, Stacey B. Steinberg (op. cit, p. 842, tradução nossa) aduz que:

Tem havido ampla discussão focada em como os jovens frequentemente criam (e prejudicam) suas identidades digitais, dando-se enfoque nas ameaças que crianças enfrentam de terceiros online. No entanto, há pouca discussão centrada na relação entre as escolhas dos pais para publicar informações sobre seus filhos no mundo virtual e o efeito que tais revelações podem ter sobre os filhos.<sup>145</sup>

Com efeito, a ausência de regulamentação sobre o tema, especialmente no Brasil, faz com que até os mais bem-intencionados pais cliquem em “compartilhar” nas suas redes sociais, sem ao menos pensar nos impactos que isso pode gerar para seus filhos. Arelado a isso, o estímulo positivo gerado pelo “like” encoraja os pais a continuarem a colocar informações referentes a seus filhos, que até então eram privadas, no domínio público, demonstrando-se que “é nas imagens de maior interesse privado que se verifica a busca pela aceitação do outro” (BRANCO, op. cit, p. 830).

Em outros termos, muitas vezes, não há uma real necessidade em expor determinadas informações, mas diante das curtidas e comentários, os pais enxergam naquele que se encontra do outro lado da tela um termômetro para medir a satisfação com a própria vida. Enfatize-se que este não é um problema restrito ao *Sharenting*, mas por meio desta prática, ele se acentua e causa danos àqueles que sequer tem ideia das

---

<sup>145</sup> There has been ample discussion focused on how young people often create (and harm) their digital identities,<sup>10</sup> and scholars have explored the threats children face from third parties online.<sup>11</sup> Yet little discussion is centered at the intersection of parents’ choices to publish information about their children in the virtual world and the effect such disclosures can have on the children.

informações disseminadas. Há, portanto, uma aparente necessidade de aprovação pelo outro, mas ressalte-se que “se a busca pela felicidade inclui uma parcela de satisfação com o olhar do outro, os excessos têm sido apontados como prejudiciais, especialmente aos mais jovens” (ibidem, p. 774).

Constata-se que muitas crianças, antes mesmo do seu nascimento, já possuem uma forte presença online. Basta uma simples olhada no *feed* do Instagram ou do Facebook para verificar que o *Sharenting* também diz respeito a uma gestão, pelos pais, da vida digital de seus filhos, uma vez que estes, cada vez mais cedo, já possuem perfis nas redes sociais, onde são postadas constantemente informações sobre o seu dia a dia. Em tais casos, segundo Eberlin (op. cit, p. 258), “os pais não estão tão somente administrando as suas próprias vidas digitais, mas também criando redes paralelas em nome de seus filhos”.

Por certo, como já exposto, quando os pais postam informações sobre seus filhos na internet, contribuem para a formação de pegadas digitais dos menores, que o acompanharão por toda a vida. Sucede que, enquanto os adultos são capazes de controlar seus próprios rastros digitais deixados online, o mesmo não pode ser dito quanto às crianças, daí a necessidade de se garantir uma ampla proteção aos dados dos menores. (STEINBERG, op. cit, p. 844).

Com isso, evidencia-se que o *Sharenting* é capaz de impactar a própria formação da identidade da criança, porquanto os pais acabam por decidir a reputação digital do filho. E ainda que seja possível deletar a postagem constrangedora, proibir a sua disseminação e promover a desindexação da base de dados, não há como impor que o fato deixe de ser lembrado. Acerca da temática, Eberlin (op. cit, p. 258) sustenta que:

O problema jurídico decorrente do *sharenting* diz respeito aos dados pessoais das crianças que são inseridos na rede mundial de computadores ao longo dos anos e que permanecem na internet e podem ser acessados muito tempo posteriormente à publicação, tanto pelo titular dos dados (criança à época da divulgação) quanto por terceiros.

Saliente-se que, independentemente de o conteúdo da postagem ser positivo ou não para a criança, como não há um mecanismo que automaticamente permita que se apaguem as pegadas digitais deixadas, a preocupação em se proteger a privacidade dos menores encontra contornos cada vez mais complexos, já que, por meio do *Sharenting*, os pais têm sido narradores não apenas de suas próprias histórias, mas também das dos seus filhos. (ibidem, p. 877)

Destarte, frise-se que - em regra - não há qualquer anuência por parte da criança para que seus pais postem a seu respeito nas redes sociais. Não há como negar, no entanto, que as crianças, por serem consideradas absolutamente incapazes para os atos da vida civil segundo o art. 3º do Código Civil, não estariam verdadeiramente aptas a consentirem ou não na publicação de informações a seu respeito. Atrelado a isso, normalmente se presume que os pais escolherão o que é melhor para seus filhos e as postagens sobre estes na internet tendem a estar acompanhadas da boa-fé dos genitores.

Não obstante, é importante destacar que as crianças podem querer contar as histórias do seu jeito, já que, segundo Steinberg (op. cit, p. 846), elas não têm controle da disseminação de suas informações pessoais pelos seus pais já que não estão cientes das consequências de tais divulgações. Isto é, ao crescerem, os filhos podem ter interesses relativos à privacidade que destoam da divulgação feita por seus pais no exercício da liberdade de expressão, podendo se ressentir um dia das publicações feitas anos antes por seus pais.

### **3.CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DECORRENTE DO EXERCICIO DO PODER FAMILIAR E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS FILHOS**

As crianças e os adolescentes são, assim como os adultos, titulares de direitos da personalidade. Na forma do que dispõe o art. 2º do Código Civil, "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro." Isto é, ainda durante a gestação, já são atribuídos à pessoa direitos como o nome, a honra, a integridade física, entre outros. No entanto, se desde a concepção já são garantidos direitos, também desde cedo existe a possibilidade de estes serem violados.

Essa violação não decorre apenas de atos de terceiros estranhos, mas também de condutas dos próprios pais, sendo a explosão de fenômenos como o *Sharenting* um exemplo disso. Mister pontuar que, embora os pais sejam detentores do poder familiar, o exercício deste não se dá de forma absoluta, visto que encontra limites nos direitos da personalidade dos filhos e a legislação protetiva visa resguardar os menores do abuso de direito cometido pelos pais.

Frise-se, por oportuno, que o poder familiar consiste no conjunto de direitos e deveres dos pais sobre os filhos e tem por finalidade o melhor interesse da criança e do adolescente, buscando proteger seus direitos. Afirma-se, inclusive, que o poder familiar transcende a órbita do direito privado e alcança, portanto, o direito público, constituindo um verdadeiro múnus público imposto pelo Estado aos pais para que sejam zelados os direitos dos menores. Diante disso, Barbosa Moreira (2003, p. 106) entende que chamar o

abuso do poder familiar de abuso de direito constitui uma acepção pouco técnica, uma vez que, na verdade, se trata de um caso de abuso de poder-dever.

Assim, detentores da autoridade parental, os pais têm o dever de zelar pela efetivação dos direitos dos seus filhos, e não serem os primeiros a violá-los. Nesse sentido, ao menos na teoria, não poderiam os pais se valer da autoridade parental em benefício próprio, ou pior, em detrimento dos direitos do seu filho, já que o ECA é claro ao dispor sobre a necessidade de se atender ao melhor interesse da criança. Reitere-se que, em casos de uso da imagem dos filhos, os pais estão interferindo na esfera jurídica de outrem e, para tanto, devem pautar-se no dever de cuidado.

Em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as crianças e os adolescentes devem ter seus direitos garantidos com absoluta prioridade. Objeto de tutela no Código de Menores de 1979, com o ECA, as crianças e os adolescentes passaram a ser sujeitos de direitos, os quais devem ser efetivados em seu melhor interesse. Insta salientar que a maior parte dos direitos da personalidade consagrados no Código Civil encontram previsão expressa no art. 5º da CRFB/88, demonstrando-se que, apesar de nem todos os direitos fundamentais serem direitos da personalidade, todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais e, por isso, devem ser assegurados também aos mais novos.

Anderson Schreiber (op. cit, p. 15) estabelece que “a codificação limitou-se a tratar de cinco direitos da personalidade: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade.”. No entanto, a omissão quanto ao tratamento de outros direitos pela legislação não impede o reconhecimento destes também como direitos da personalidade. Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina cumprem papel essencial ao desenvolverem construções judiciais que também merecem tutela do ordenamento jurídico. Pode-se afirmar, destarte, que o Código Civil estabelece um rol aberto de direitos da personalidade.

Tendo por base a discussão que envolve o *Sharenting*, cumpre analisar quais são os direitos da personalidade que estão atrelados ao fenômeno e de que modo ocorre a sua violação. Primeiramente, quanto ao direito à imagem, aduz o art. 20 do Código Civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe

atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002)

Em sentido semelhante, o Estatuto da Criança e do Adolescente assevera, em seu art. 17, que o direito da criança e do adolescente ao respeito abrange a preservação da sua imagem. Com isso, tendo em vista as crianças e os adolescentes até os 16 anos serem considerados absolutamente incapazes para o exercício dos atos da vida civil, cabe discutir até que ponto a falta de consentimento deles nos casos de publicação de imagens suas pelos seus pais continua a respeitar o seu direito à imagem.

Conforme se verifica pela redação do aludido art. 20 do CC, o exercício do direito de imagem se dá por meio do consentimento, o qual pode ocorrer de forma expressa ou tácita. A concessão do uso pode, ainda, se dar de forma implícita ou informal. De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 208), tendo em vista a possibilidade de consentimento tácito, a prudência e a razoabilidade devem pautar a interpretação da vontade do titular do direito, de modo a evitar desvios de finalidade.

Outro direito violado pela prática em discussão é o direito à privacidade, sobre o qual dispõe o Código Civil:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2002)

Em que pese seja a vida privada o refúgio impenetrável do indivíduo, não pairam dúvidas de que, no panorama atual de crescimento das mídias sociais e expansão da internet, é o direito à privacidade o direito que mais sofre mitigação. Tornou-se prática reiterada nas redes sociais a exposição de cada acontecimento da vida da pessoa, desde o treino na academia até a viagem em família. Com o *Sharenting*, verifica-se que essa crescente exposição atingiu também o próprio exercício da paternidade.

Arelado a isso, insta salientar que “o direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção dos seus dados pessoais” (SCHREIBER, op. cit, p. 138). Isto é, na Era Digital, a privacidade não está restrita ao ambiente doméstico, à mera intimidade, posto que engloba também o controle e utilização de seus próprios dados pessoais. A proteção de dados pessoais encontra previsão normativa na Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), com disposição específica acerca dos direitos da criança e do adolescente em seu art. 14:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

Saliente-se que, recentemente, a Emenda Constitucional nº115 de 2022 promoveu alteração no texto constitucional para incluir como um direito fundamental, no art. 5º, LXXIX, a proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Nesse sentido, quanto à proteção desses dados na Era Digital, mister destacar que neste ponto é essencial o exercício da autodeterminação informativa. Esta consiste no poder que o indivíduo possui de determinar e controlar a utilização de seus dados. (MENDONÇA, 2014, p. 12). Sucede que quando os pais, sem consentimento, publicam imagens ou outras informações sobre seus filhos enquanto estes são crianças, invadem a esfera da vida privada de seus filhos e estes ficam impossibilitados de exercer a autodeterminação informativa.

Como os demais direitos da personalidade, o direito à privacidade também acaba sofrendo uma relativização, mas isso não deve afastar a sua tutela pelo ordenamento jurídico, especialmente no que toca à privacidade das crianças.

Neste panorama, infere-se que essa geração de crianças criadas à época de uma exposição massiva nas redes sociais, seja pelos pais ou por terceiros, vai ter muita dificuldade em lidar com a privacidade. Isto é, não conseguirão discernir o que é ter, de fato, privacidade, já que entenderão como algo natural ter o seu espaço íntimo invadido ou invadir os espaços de outrem, uma vez que a Internet rompe barreiras e não se estabelecem com efetividade limites para essas práticas.

Por outro lado, não há como negar que com a Internet, especialmente com as redes sociais, foram viabilizados espaços para o usuário manifestar, de forma imediata e com largo alcance, suas ideias e pensamentos. Diante disso, Eberlin (op. cit, p. 262) justifica a previsão no Marco Civil da Internet da garantia da liberdade de expressão como “condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (art. 8º da Lei 12.965/2014). No caso do *Sharenting*, ao compartilhar imagens e informações sobre seus filhos nas redes sociais, os pais estão no exercício da sua liberdade de expressão, a qual encontra proteção na Constituição Federal, mais especificamente no art. 5º, IV.

Com efeito, constata-se, portanto, que, no caso do *Sharenting*, não se trata de conflito entre regras jurídicas, mas sim de colisão entre princípios jurídicos, uma vez que tanto a liberdade de expressão dos pais encontra previsão na Constituição Federal quanto os direitos da personalidade dos filhos também são merecedores de proteção. Nesse sentido, não há um mandamento definitivo de qual dos direitos prevalece em detrimento do outro, uma vez que “os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não tem como consequência necessária uma determinada decisão” (ibidem, p. 104).

Aplicando-se o pensamento de Robert Alexy à prática do *Sharenting*, constata-se que não é viável aniquilar um direito em detrimento de outro, uma vez que para que aquele



possa se realizar juridicamente, é preciso que este ainda continue a existir, sendo apenas afastado naquele caso concreto. Destarte, deve-se aferir caso a caso qual direito é o mais adequado, devendo ter em mente a ideia de melhor interesse da criança consagrada no ECA. Atrelado a isso, cabe analisar a real necessidade de resolver a colisão entre os princípios de tal modo, verificando se, de fato, se trata do meio menos gravoso. Ao final, colocam-se os direitos em colisão numa espécie de balança para que sejam sopesados.

Nesse panorama, Eberlin (op. cit, p. 264) sintetiza a problemática:

A análise sobre os direitos a serem tutelados no caso do sharenting demanda mecanismos de solução para os casos concretos (seja pela ponderação com base no princípio da proporcionalidade, seja com base na interpretação sistemática), sendo necessário encontrar uma justa medida para preservar tanto o direito à liberdade de expressão dos pais e de terceiros como o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais de crianças

Nesse sentido, Gustavo Tepedino (2004, p. 41) adota o seguinte posicionamento:

A interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais. A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais – muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos – só merece tutela se exercida como um múnus privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva da sua futura independência.

Adentrando-se precisamente no âmbito de uma eventual responsabilidade civil dos pais, Anderson Schreiber (op. cit, p. 156) aduz que, para aferir o dano, é preciso que se faça uma ponderação entre o interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta de mostra lesiva. Observa-se que isso está intimamente ligado à ideia de sopesamento entre as normas jurídicas proposta por Robert Alexy, isto é, de um lado tem-se a criança cujos direitos da personalidade como imagem e privacidade são violados por meio do Sharenting, e do outro tem-se a os pais no exercício da liberdade de expressão advinda do poder familiar.

Sob a ótica da responsabilidade civil, a ponderação permite que, no caso concreto, avalie-se se a ingerência de um interesse sobre outro deve ser considerada legítima (ibidem, p. 158). Assim, cumpre analisar o interesse lesado e lesivo a fim de compreender como ocorreria uma possível responsabilidade civil dos pais.

No tocante ao interesse lesado, o autor afirma que o dano existirá quando for possível extrair de alguma norma jurídica, em abstrato, que determinado interesse merece ser tutelado. Contudo, isso não é suficiente. É preciso aferir também se o interesse lesivo é igualmente merecedor de tutela e, em seguida, analisar se existe alguma regra legal que determine prevalência entre os interesses conflitantes. Nesse panorama, segundo Bodin de Moraes (1993, p. 179), "o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima permaneça irressarcida."

Aplicando-se a referida análise no caso da responsabilização dos pais, tem-se o seguinte: O interesse lesado é tutelado pela norma jurídica? De fato, sim. Não há como negar que as crianças e os adolescentes são titulares de direitos da personalidade, o que pode ser extraído tanto da Constituição Federal, quanto do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 15 a 18-B) e do Código Civil (art. 11 a 21). A conduta lesiva é vedada por norma jurídica? Ora, não existe vedação legal da manifestação da liberdade de expressão dos pais. Pelo contrário, a Constituição Federal a insere no rol de direitos fundamentais.

Constatando-se que tanto o interesse lesado quanto o lesivo são protegidos pelo ordenamento jurídico, cumpre analisar se existe alguma norma que estabeleça a prevalência legal de um interesse tutelado em detrimento do outro. Apesar de o ECA ter como princípios norteadores o melhor interesse da criança e a proteção integral, não é possível, em abstrato, aduzir que a simples publicação de imagens e informações sobre os filhos nas redes sociais já conduziria a uma violação aos referidos preceitos, porquanto é possível adotar mecanismos que evitem danos aos direitos dos menores.

Nesse sentido, evidenciando-se que não há uma regra legal de prevalência, deve ser feita uma ponderação, através da qual analisa-se se o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação concreta do interesse lesado. No caso do Sharenting, não é possível, em abstrato, indicar se necessariamente os interesses das crianças se sobrepõem ao dos pais. Por isso, deve-se analisar caso a caso para aferir se há ou não dano passível de ressarcimento.

Diante disso, observa-se que é plenamente possível que nos casos do Sharenting, em que os pais massificam a exposição dos seus filhos nas redes sociais, os pequenos venham a, no futuro, demandar judicialmente seus próprios pais, a fim de serem indenizados pelo uso indevido da imagem ou violação da privacidade. Contudo, segundo

alguns especialistas, isso depende do conteúdo postado, já que é completamente diferente “o pedido de retirada de um simples abraço dos pais com o filho e de um vídeo de conteúdo humilhante, como uma ‘videocassetada.’” (DRECHSEL, 2018).

Para recorrer às vias judiciais, o menor interessado necessita de um curador especial para representá-lo, uma vez que seus pais estão no polo passivo da demanda. No entanto, caso opte por esperar a maioridade para ingressar com a ação, é preciso que a requisição seja feita antes dos 21 anos de idade, porque o prazo prescricional para as ações de indenização é de 3 (três) anos, tendo como termo a quo, em casos tais, a maioridade do demandante. Além disso, em casos mais graves, o próprio Ministério Público, na forma do que dispõe o art. 201, V da CRFB/88, tem competência para instaurar inquérito civil e para propor ação civil pública a fim de tutelar os direitos infanto-juvenis.

A possibilidade de propor ações contra os genitores não significa criar um mecanismo de vingança dos filhos contra os pais, mas representa tão somente uma forma de buscar a reparação pelos danos sofridos (SCARABELLI, 2001). Destarte, somente no caso concreto, e nunca em abstrato, é possível aferir se há dano extrapatrimonial a ser reparado ou não. Caso se conclua que não há dano, não haverá responsabilidade civil, uma vez que aquele é elemento central para a existência desta. Por outro lado, considerando-se que houve dano, torna-se clara a possibilidade de responsabilização civil dos pais em razão da prática de expor dados pessoais de seus filhos nas redes sociais.

Acentue-se que há entendimento no sentido de que no caso de uso indevido de imagens de crianças e adolescentes, há dano moral *in re ipsa*, isto é, não é necessário demonstrar prejuízo resultante da lesão, uma vez que há uma presunção natural que decorre das experiências comuns. O dano, nesses casos, deriva da própria ofensa e, assim, provado o fato, estará provado o dano moral. Nesse sentido, posiciona-se o STJ:

“Para a configuração do dano moral pelo uso não autorizado da imagem de menor não é necessária a demonstração de prejuízo, pois o dano se apresenta *in re ipsa*. 4. O dever de indenizar decorre do próprio uso não autorizado do personalíssimo direito à imagem, não havendo de se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo ou dano, nem de se investigar as consequências reais do uso.” (STJ. REsp 1217422/ MG 2010/0184564-4 Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Data de Julgamento:23/09/2014. Data de Publicação: 30/09/2014)

#### 4. CONCLUSÃO

Conforme exposto, o Sharenting é fenômeno fruto da evolução tecnológica, que faz das mídias sociais o principal campo de interação entre os indivíduos na atualidade. Os álbuns de fotografia, antes guardados nos armários, agora ganham espaço na Internet, aproximando as pessoas e diminuindo distâncias. Ao mesmo tempo, a privacidade do indivíduo é colocada em xeque, já que a exposição desenfreada de informações pessoais na internet tem se tornado prática comum. Nesse panorama, as crianças tem sido um elemento central desta exposição, sendo crescente a divulgação de suas fotos, vídeos e demais dados na internet por seus pais.

Apesar de ser um mecanismo que permite que os pais troquem experiências sobre a paternidade e que familiares e amigos possam acompanhar o crescimento da criança, o Sharenting pode ter implicações desastrosas para o menor não apenas no futuro, mas também no presente. Não raro, a simples fotografia postada da criança torna-se um meme e, como não é possível barrar a disseminação do conteúdo na rede, a imagem se eterniza na internet.

Saliente-se, no entanto, que mesmo que não se trate de informação vexatória, ainda assim os problemas são evidentes, uma vez que a criança em nenhum momento consentiu para tal feito. Nesse sentido, demonstrou-se ao longo do presente trabalho que, embora não restem dúvidas de que as crianças e os adolescentes são considerados absolutamente incapazes na forma da legislação vigente, eles não podem ser privados do seu exercício de autodeterminação informativa. No caso do Sharenting, essa autodeterminação informativa é exercida através da necessidade de consentimento para compartilhar informações a seu respeito na internet. Quando esta não é respeitada, surge para a criança quando crescer e se tornar um jovem adulto o direito de exercê-la.

Fica claro, portanto, que há um conflito entre a liberdade de expressão dos pais e os direitos da personalidade dos mais novos. Com base na doutrina de Robert Alexy, compreende-se que, de modo a não aniquilar um direito em detrimento do outro, deve-se aferir no caso concreto qual direito deverá prevalecer. No entanto, isso não significa que em situação diversa, o direito anteriormente afastado não possa vir a predominar. Consigne-se, por oportuno, que apesar desse conflito aparente entre normas consagradoras de direitos fundamentais, não se pode deixar de levar em conta que a Constituição Federal de 1988, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, colocam o menor como sujeito de direitos que merece a mais ampla proteção, devendo ser tratado com absoluta prioridade.

Nesse toar, como a criança e o adolescente devem ter os direitos protegidos no seu melhor interesse, não restam dúvidas quanto à possibilidade de responsabilização civil em razão dos danos oriundos da prática do *Sharenting*.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (tradução - Virgílio Afonso da Silva). Coleção Teoria & Direito Público, 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

ANTUNES, Júlia. **Responsabilidade Civil em caso de publicação de imagens de crianças e adolescentes na Internet: considerações sobre a possibilidade de reconhecimento de dano moral in re ipsa aplicável à espécie**. PUC-RS, Porto Alegre, 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Responsabilidade civil dos pais**. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 59- 73.

BERGAMO, Monica. **Sabe aquela foto do seu filho que você colocou na rede social?** Disponível em: < <http://direito.folha.uol.com.br/blog/sabe-aquela-foto-de-seu-filho-que-voc-colocou-na-rede-social> > Acesso em 10/06/2022

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet** (Série: Pautas em Direito). Porto Alegre:Arquipélago Editoria, 2017. Edição do Kindle.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 122/2022. Brasília, 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 20/06/2022

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 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 19/06/2022

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406**, de 10 janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Brasília, jan. 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 19/06/2022

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965** de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, abr. 2014. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm) > Acesso em 10/06/2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709** de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (redação dada pela Lei nº13.853 de 2019). Brasília, ago. 2018. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm) > Acesso em 20/06/2022

BROSCH, Anna. **When the Child is Born into the Internet : Sharenting as a Growing Trend among Parents on Facebook**. The New Educational Review. Poland, 04 April 2016, p. 225-235

CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes; LISBOA, Roberto Senise. **Sociedade da informação: Dano e Responsabilidade Civil decorrente do Sharenting**. In: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI SALVADOR - BA, 2018, Salvador. Anais... Salvador: CONPEDI/ UFBA, p. 5-22

DAVIS, M.M. (2015). **Parents on Social Media: Likes and Dislikes of Sharenting**, C.S. Mott Children's Hospital. University of Michigan System. 23 (2). Retrieved from [http://mottnpch.org/sites/default/files/documents/031615\\_sharenting\\_0.pdf](http://mottnpch.org/sites/default/files/documents/031615_sharenting_0.pdf)

DELGADO, Mário Luiz. **Direitos da Personalidade nas relações de família**. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005, Belo Horizonte. Anais...p. 1-57

DRECHSEL, Denise. **O filho pode realmente processar os pais por foto em redes sociais?** Disponível em <<https://www.amodireito.com.br/2018/01/direito-oab-concursos-filho-processar-pais.html>> Acesso em 19/06/2022

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro**. Rev. Bras. Polit. Publicas, Brasília, v.7, nº3, 2017.

ECO, Umberto. **Uma epidemia de "síndrome do olho eletrônico"**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/umberto-eco/2012/07/30/uma-epidemia-de-sindrome-do-olho-eletronico.htm> Acesso em 11/06/2022

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB, volume 1**. 13ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOLHA DE LONDRINA. **Crianças usam aplicativos, mas não sabem amarrar sapatos.**

Disponível em: < <https://www.folhadelondrina.com.br/economia/criancas-usam-aplicativos-mas-nao-sabem-amarrar-sapatos-871271.html> > Acesso em 11/06/2022

G1 SC. **Sequestrador diz ter planejado crime com informações de rede social.**

Disponível em: < <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/06/sequestrador-diz-ter-planejado-crime-com-informacoes-de-rede-social.html> > Acesso em 19/06/2022

LISBOA, Roberto Senise. **O Dano Moral e os Direitos da Criança e do Adolescente.** R. Inf. Legisl. Brasília a.30 n.118 abr./jun. 1993. p. 451-472

LIVINGSTONE, Sonia; O'NEILL Brian. **Children's Rights Online.** S. van der Hof et al. (eds.), Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety, Information Technology and Law Series 24. The Netherlands, 2014.

LYCHTER, Aliison. **Oversharenting: Parents Juggle Their Kids' Lives Online.** Disponível em: < <https://blogs.wsj.com/juggle/2012/05/16/oversharenting-parents-juggle-their-kids-lives-online/> > Acesso em 19/06/2022

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento.** Barueri, SP: Novo Século Editora, 2017.

MARQUES, Paula Cristina Mariano. **PROTEÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA INTERNET.** In: 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 2015, Santa Maria. Anais... Santa Maria: UFSM, 2015, p. 1-15

MAYER-SCHÖNBERGER, VIKTOR. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age.** New Jersey:Princeton, 2009.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O Direito à Autodeterminação Informativa: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil.** XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2014. VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil. Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional.** In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 65, p. 21-32, juL/set 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso do direito**. In Revista Trimestral de Direito Civil, 2003, v. 13, p. 106

O GLOBO. **Justiça obriga mulher a indenizar filho por foto publicada em rede social**. Disponível em: <

<https://oglobo.globo.com/sociedade/justica-obriga-mulher-indenizar-filho-por-foto-publicada-em-rede-social-22273184> > Acesso em 20/06/2022

OLIVEIRA JR. José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OTONI, Ana Clara. **Pais que postam muito sobre filhos violam sua privacidade, alertam especialistas**. Disponível em: <

<https://oglobo.globo.com/economia/pais-que-postam-muito-sobre-filhos-violam-sua-privacidade-alertam-especialistas-16312721> > Acesso em 19/06/2022

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. 1ªed (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá Editora, 2006. 280p

RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. **A exposição da imagem dos filhos pelos pais funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 8– Abr / Jun 2016

SALEH, Naíma. **Bebês ganham perfis em redes sociais antes do primeiro ano de vida**. Disponível em: < <https://revistacrescer.globo.com/Familia/noticia/2014/10/bebes-ganham-perfis-em-redes-sociais-antes-do-primeiro-ano-de-vida.html> > Acesso em 08/06/2022

SAYURI, Juliana. **Pequenas Crianças, Grandes Negócios**. Disponível em : < <https://revistatrip.uol.com.br/trip/mini-influenciadores-digitais-como-tanto-protagonismo-afeta-o-desenvolvimento-da-crianca> > Acesso em 11/06/2022

SCARABELLI, Camila Ceroni. **A responsabilidade civil dos pais**. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – n. 1, p. 33-40 – out./dez. 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.



SIMÕES, Ana Carolina. **Advogada alerta para os perigos de expor crianças nas redes sociais.** Disponível em: < <http://gnt.globo.com/maes-e-filhos/materias/advogada-alerta-para-os-perigos-de-expor-criancas-nas-redes-sociais.htm> > Acesso em 15/06/2022

STEINBERG, Stacey B. **Sharenting: Children's privacy in the age of social media.** Emory Law Journal, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil** – volume único. São Paulo: Editora MÉTODO, 2018.

TATIT, Isabel. **Sharenting e a solidão na maternidade.** Disponível em: <https://www.allereditora.com.br/sharenting-e-a-solidao-na-maternidade/> Acesso em 21/06/2022

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celine Bodin de. **Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet.** Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.** Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Editora Padma, p. 39

TURRA, Karin Kelbert. **Seria o "Oversharenting" uma Violação ao Direito à Privacidade e à Imagem da Criança?** Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF, v. 06, n. 10, pp. 105-122, jan./abr., 2016.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados.** 1ªed. (ano 2003), 5ª tir. Curitiba:Juruá, 2007. 248p

## A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO E SUA REPERCUSSÃO NA RESCISÃO CONTRATUAL

**IVAHYR PESSOA LEBRE SILVEIRA:**

Servidor público do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJ/SE). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT).

**RESUMO:** O estudo em questão tem por objetivo analisar a teoria da função social do contratual, mormente sua aplicação na seara laboral, e correlacioná-la com as regras que normatizam o término do contrato de trabalho. Especificamente, visa: identificar o conceito de função social do contrato; descrever a função social do contrato de trabalho; e explicar a relação entre função social do contrato de trabalho e o término do vínculo laboral. O problema deste trabalho é: é possível relacionar a função social do contrato de trabalho com as normas que preveem a finalização desse contrato? A justificativa pauta-se na atualidade e na relevância da temática. A metodologia estrutura-se num procedimento metodológico de revisão bibliográfica e documental, com base em outros materiais já publicados como livros e artigos científicos, e na legislação e na jurisprudência. A hipótese central da pesquisa é de que é possível relacioná-las, principalmente se forem consideradas situações de finalização contratual laboral de modo fraudulento.

**Palavras-chave:** Função social. Função Social do contrato de trabalho. Rescisão do contrato por razão social.

### 1 INTRODUÇÃO

A evolução econômica e social do que se chama hoje “modernidade” deu-se a passos frenéticos, intercalado por eventuais tropeços. Atualmente, é inegável a massificação e complexidade das relações sociais, que acabam por exigir uma demanda jurídica e judicial cada vez mais atenta.

Nesse cenário, o contrato de trabalho se insere como um dos personagens protagonistas, em especial no campo capitalista. A visão mercantilista da figura do trabalhador que predominava no século XIX, tratando o obreiro como um produto que pode ser de qualquer forma utilizado, originou diversas digladias, intelectuais e de fato, que repercutiram no ordenamento jurídico, constituindo solo fértil para o surgimento das primeiras lições do direito laboral. Com o tempo, as primeiras normas justralhistas foram evoluindo, sempre percorrendo a trilha deixada pela evolução dos direitos humanos.

Nos dias atuais, ante a dimensão jurídica coletiva da sociedade impulsionada pela realidade – conforme já aludido – massificada, inquieta e complexa, é cada vez mais comum

a preocupação do direito do trabalho com os chamados direitos de grupos, que embora repercutam na esfera individual, não importa ao obreiro como um só, por exemplo, o direito ao meio ambiente laboral saudável e equilibrado. Outrossim, enraíza-se cada vez mais profundamente o direito do trabalho constitucionalizado, que impele a reinterpretção das normas laborais a fim de adequá-las ao espírito das Cartas Políticas.

É justamente ante este panorama de constitucionalização das normas laborais que se passa a ter uma nova ótica do contrato de trabalho, que assume uma função social. Hodiernamente, essa recente ótica da função social do contrato de trabalho impulsiona uma releitura do liame laboral. E é nessas recém descobertas águas que se mergulha a seguir.

Analisar a teoria da função social do contratual na seara laboral e correlacioná-la com as regras que normatizam o término do contrato de trabalho. Os objetivos específicos são: identificar o conceito de função social do contrato; descrever a função social do contrato de trabalho; e explicar a relação entre função social do contrato de trabalho e o término do vínculo laboral.

Para isso foram utilizadas as doutrinas, jurisprudências e legislações do Ordenamento Jurídico Pátrio que tratam acerca do tema “função social”. Será feita uma pesquisa prioritariamente de cunho bibliográfico e documental. As fontes utilizadas na pesquisa são: livros e artigos jurídicos, referentes ao tema da terceirização; legislação pertinente à função social do contrato no Brasil; levantamento, nos Tribunais, de jurisprudência especializada no assunto.

Tem-se presenciado cada mais enfaticamente a inserção do conteúdo da função social do contrato nos meandros jurídicos. Porém, nos caminhos trabalhistas o tema ainda engatinha, sendo poucos os trabalhos acadêmicos que fazem incursões teóricas e, principalmente, práticas. Considerando tal referencial, buscou-se aqui se aprofundar na matéria, realizando buscas na doutrina civil e trabalhista acerca do tema função social, a fim de patentear a relativização subjetiva do contrato de trabalho e de que forma há um interesse da sociedade sobre este.

Como o tema função social do contrato de trabalho é recente, o material literário sobre a disciplina é escasso. Assim buscou-se a referência em autores do ramo cível e trabalhista, como o advogado Gustavo Tepedino e o desembargador Maurício Godinho Delgado, além de doutrinas sobre a função social do contrato de trabalho, como Rodrigo Trindade de Souza e Enoque Ribeiro dos Santos.

Ao fim, pretende-se buscar a análise de uma situação concreta, a fim de demonstrar como a função social do contrato permite novas fórmulas judiciais de apreciação da disciplina “término do contrato de trabalho”.

## 2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A transição do Estado Liberal para o Estado Social implicou numa revisão dos moldes juspositivistas que embasavam os ordenamentos jurídicos, mormente no que se referia ao direito privado. Da reformulação do sistema jurídico ocorreu a “fragmentação do direito privado”, uma abertura do sistema jurídico civil para inserir nestes novos valores na contramão dos puramente normativos e positivistas que permeavam o pensamento jurídico da época.

Assim, numa realidade em que o intervencionismo estatal passa a ser a regra no intuito de resguardar a justiça social, os aparelhos jurídicos passam a ser modernizados, a fim de imbuir o espírito seco da lei de valores essenciais e, por conseguinte, conferir-lhe uma verdadeira eficácia. Na órbita pátria, os principais instrumentos de renovação da atmosfera jurídica foram os microssistemas legais – a exemplo do Código de Defesa do Consumidor - e as cláusulas gerais.

As cláusulas gerais, de origem germânica, podem ser conceituadas, segundo as palavras de Gustavo Tepedino, como:

Normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas (TEPEDINO, 2002).

Assim, surgem novos conceitos, que passam a nortear os sistemas jurídicos e ser o ponto de partida de aplicação das próprias normas.

É neste contexto que se insere a função social. Este conceito foi inserido no ordenamento jurídico pátrio e elevado ao patamar de direito fundamental pela Carta Social de 1988, a qual faz alusões à função social da propriedade em diversos pontos de seu texto, como o inciso XXIII do art. 5º e o inciso III do art. 170.

Essa matriz constitucional repercutiu na ordem privada, ante a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, decorrente da dimensão objetiva destes. Nessa trilha, a função social do contrato é uma cláusula geral insculpida no art. 421 do Código Civil e representa um mandado de otimização do comportamento das partes pactuantes.

Hodiernamente, numa realidade globalizada, caracterizada pela massificação de relações sociais, não mais se admite a pura e simples formulação e execução de contratos capazes de ofender a dignidade da pessoa humana ou que destoem de valores sociais mínimos. Aliás, urge sublinhar que o contrato, um dos principais elementos negociais da vida moderna, senão o mais relevante, tem papel fundamental na dinâmica econômica de qualquer nação e, por conseguinte, acaba por repercutir não apenas na esfera dos pactuantes, mas também, de forma reflexa, na esfera de terceiros que não participam da relação contratual.

Nesse diapasão, a função social do contrato é um elemento limitador da vontade dos contratantes, inclusive quanto ao conteúdo do pacto, dela decorrendo novos princípios e deveres contratuais, como a boa-fé objetiva. Outrossim, a função social do contrato acaba por relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual “o contrato faz lei entre as partes”, não merecendo cumprimento aquele pacto firmado destoando dos valores constitucionais e das mínimas exigências e expectativas da sociedade.

Doutra banda, além de agente limitador do ímpeto dos pactos, a função social constitucionaliza o ato de contratar, adaptando-o à nova realidade ansiada pela Carta de Outubro, que nada mais representa as aspirações da sociedade. Assim, o objetivo traçado pela Constituição Federal de 1988 de buscar pela construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” se torna paradigma do direito privado, ensejando a incidência de novos conceitos e princípios, como o de boa-fé objetiva, incorporados e absorvidos pela nova hermenêutica da disciplina contratual.

Por fim, ante todo o exposto, a função social impõe uma nova dimensão ao objeto da relação jurídica, impondo um solidarismo constitucional. As relações bilaterais se desgarram dos interesses privados e assimilam uma nova perspectiva, um corte subjetivo a fim de adaptar o contrato aos anseios sociais estatuídos na Carta Magna.

### **3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO**

Uma vez exposto o ideal de função social do contrato, não serão necessários maiores esforços para inserir a cláusula geral sob lume no ramo laboral. Consoante analisado, o embasamento da função social dos pactos privados é a legítima expectativa de terceiros decorrente dos reflexos que podem ser causados a estes numa desarrazoada execução contratual pelos sujeitos contratantes. Vigora, não é despiciendo sublinhar, o solidarismo constitucional, que impele a uma nova ótica das relações privadas segundo a lente dos direitos fundamentais. Nas relações de trabalho, a lógica não é diversa.

Numa perspectiva mais ampla, a empresa, além do objetivo natural de lucro, deve deter responsabilidade social, a fim de prover à sociedade produtos e serviços decorrentes de uma atividade sustentável. Esta estabilidade passa pelo ideal não apenas de respeito aos direitos coletivos da sociedade, mas também pela forma como os empregados são tratados. O caminho é fornecido por Eduardo Farah:

Para que a autonomia empresarial atenda ao princípio da solidariedade social, é imprescindível que o homem seja o epicentro dos interesses da empresa, não apenas objeto ou considerado como valor econômico-financeiro. Porém isso somente será possível se houver uma política econômica direcionada a este fim, pois as chamadas "leis de mercado" não atendem, por si só, a estas premissas.

O exercício da atividade empresarial equilibrada se sustenta no preceito de não apenas atuar de forma a não prejudicar os demais, mas sim de que haja benefícios a outrem. Inserindo essa teleologia no contrato laboral, não basta ao trabalhador ter seus direitos mínimos respeitados - o que infelizmente sequer é a regra. O obreiro deve ter seu trabalho valorizado, pois os seus esforços devem ser um meio deste ascender socialmente ou, ao menos, manter sua condição. Do contrário, perpetrar-se-á uma marginalização, que imporá uma resposta social dada, em regra, pelo Poder Público ao custo do erário, através de programas sociais e outras atividades com o escopo de consagrar direitos sociais mínimos.

Nessa trilha, é de bom alvitre trazer à baila o conceito de dumping social, prática empresarial de buscar novos mercados onde as legislações trabalhistas são mais frágeis, alcançando maiores lucros ao custo da exploração do trabalhador. De um lado, essa prática implica em desemprego, inferindo na saúde econômica dos trabalhadores, suas famílias, comunidades e, porque não, de toda uma nação, quando se considera que não apenas uma empresa pode vim agir nessa linha. Doutra banda, o dumping social implica na marginalização das relações empregatícias nas novas terras que lhe favoreça o binômio lucro-exploração, interferindo no patamar civilizatório mínimo de qualquer Estado segundo a ótica dos direitos humanos.

Afunilando a linha de raciocínio e nacionalizando-a, podem ser apreciadas duas situações: o FGTS (Fundo de Garantia de Tempo de Serviço) e o seguro-desemprego.

No primeiro caso, os recursos do FGTS, enquanto depositado, é gerido pelo Ministério da Ação Social e aplicado em diversos programas sociais (art. 6º, inciso I, da lei 8.036/90). Assim, quaisquer fraudes praticadas pelos envolvidos um liame trabalhista, no intuito de se apropriar de numerários que não poderiam ser ainda sacado, repercutirá na

esfera jurídica de tantos outros que deveriam se beneficiar do investimento de tais importes em políticas sociais do Estado.

Não menos diferente, o seguro-desemprego é um benefício previdenciário financiado por dotações públicas. Considerando isto, a desenfreada escala de desemprego decorrente do exercício abusivo do direito patronal de despedir involuntariamente seus subordinados pode acarretar largos prejuízos aos cofres públicos. Quem paga a conta, assim, é a sociedade.

Nessa trilha, é irrefragável que, assim como os contratos regulados pelo direito civil, o pacto laboral exerce uma forte influência na realidade econômica e social de qualquer nação. O emprego, aqui no conceito de população trabalhadora ativa e remunerada, é um importante termômetro econômico-social que acaba por retratar o ponto de desenvolvimento em que se encontra uma nação. Outrossim, são diversos os institutos atrelados ao contrato de trabalho que detém natureza pública e, por conseguinte, impõem um interesse social.

Aliás, institutos como a boa-fé objetiva – como já dito, decorrente da função social do contrato - em sede de direito do trabalho são cada vez mais anunciados, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência pátria. Nesse diapasão, destaca-se a seguinte decisão:

**CONTRATO DE TRABALHO - REGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS DO CONTRATO - FUNÇÃO SOCIAL E BOA FÉ OBJETIVA.** Após a instituição do Código Civil de 2002, não mais prevalece o status formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Neste contexto, revela-se uma nova perspectiva para os negócios jurídicos, instituindo-se princípios sociais que irão reger as relações obrigacionais, mitigando-se o velho princípio do pacta sunt servanda. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Processo: 1597200500116001 MA; Relator(a): LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR; Publicação: 17/07/2007)

Aliás, não é forçoso falar em relativização subjetiva do contrato laboral, apresentando-se a sociedade como parte que possui legítimas expectativas sobre citado pacto, podendo ingerir sobre este. Todo o exposto somente permite concluir como é imperiosa a aplicação dos preceitos da novel doutrina da função social na seara laboral, a fim de permitir uma lúdima execução dos pactos trabalhistas firmados, assim como a extinção daqueles que contrariam o interesse público.

## **4 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO E O TÉRMINO DO VÍNCULO LABORAL**

O anunciado no tópico anterior demonstrou de forma hialina a importância da doutrina da função social do contrato na seara trabalhista. A partir de agora discutir-se-á sobre como o solidarismo constitucional nos contratos de trabalho pode refletir no término do pacto.

A função social do contrato de trabalho tem se sedimentado cada vez mais em matéria de deslinde do pacto. Aliás, os Tribunais Trabalhistas pátrios, coadunando com o novo espírito do solidarismo contratual imposto pela renovação da hermenêutica legislativa à luz da Carta de Outubro, vêm proferindo decisões com espeque em conceitos decorrentes da função social, dignidade da contratante e boa-fé objetiva na apreciação do término do contrato de trabalho. Segue exemplo:

TRT-PR-30-07-2010 EMENTA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. DIGNIDADE DA PESSOA E BOA-FÉ OBJETIVA. RESCISÃO INDIRETA. Também no contrato de trabalho, o recíproco respeito aos direitos de personalidade das partes constitui obrigação implícita e inafastável à avença, sob pena de afronta à proteção à dignidade da pessoa, à função social dos contratos e à boa-fé objetiva (CF, art. 1º, III e CC/2002, Arts. 421 e 422), autorizando, enfim, a resolução do pacto laboral quando violada essa cláusula geral pelo empregador (CLT, art. 483, d e e). Recurso ordinário da reclamada conhecido e desprovido. (Processo:PR 22019-2008-9-9-0-0; Relator(a): ALTINO PEDROZO DOS SANTOS; Órgão Julgador: 3A. TURMA; Publicação: 30/07/2010)

Ocorre que o mais comum é a aplicação da doutrina da função social contratual em sintonia com o princípio da continuidade do contrato de trabalho, na maioria dos casos vedando o comportamento abusivo do empregador.

No entanto, questiona-se: e quando o comportamento de ambas as partes contratantes se opuser ao interesse social? Melhor ilustrando: e quando posto sob apreciação judicial demanda em que se reconhece simulação de rescisão contratual, originalmente um pedido de demissão, mas forjado como dispensa imotivada, no sentido de fraudar o saque do FGTS e a percepção do seguro-desemprego?

A situação acima narrada é cada vez mais comum nas bancadas da Justiça, onde resta evidente a desvalorização dos princípios norteadores do direito do trabalho em face de simples interesses financeiros, quer por parte do patrão, quer por parte do trabalhador. Cabe aqui ressaltar que de fato o caso exposto retrata uma ocorrência pontual. Mas o fato



de ser uma circunstância específica não impede que se assente uma nova maneira de resolução, mormente quando se percorre um caminho de inovação doutrinária.

A solução prática e repetidamente aplicada pelo judiciário é reconhecer a nulidade do ato de término do contrato, ante a constatação de simulação e, em razão do princípio da continuidade do trabalho, declarar que o pacto ainda persiste. Contudo, será esse raciocínio o mais adequado ao solidarismo contratual e aos interesses sociais?

Consoante já assinalado, a sociedade possui legítimos interesses numa lúdima execução do contrato de trabalho. E este possui extensões que vão além do campo de direito privado, emergindo em diversos pontos no campo jurídico público. Nessa linha, na conjuntura descrita, é evidente que a prática dos contratantes é dissonante com a função social que deve deter o pacto laboral, contrariando a vontade da sociedade, que irá arcar, ainda que indiretamente, por um desate contratual fraudulento.

Nesse ínterim, propõem-se duas possíveis e adequadas formas de resolução. É de bom alvitre ressaltar que aqui não se questiona a nulidade do ato de rescisão por justa causa reconhecida pelo Juízo. As reflexões se inserem no passo seguinte a esta constatação.

A primeira delas seria reconhecer a ilicitude do contrato de trabalho antagônico ao interesse social. Em regra, o conceito de ilicitude decorre da contrariedade do objeto do pacto laboral à legislação penal. Mas a função social do contrato permite a extensão de tal definição, podendo ser a ilicitude reinterpretada de forma a tornar o contrato ilícito aquele cujo objeto ou forma de execução contrarie a lei penal. E é evidente que a prática do patrão e do trabalhador acima descrita consiste em crime contra o erário público.

Resultante desta perspectiva, o contrato é nulo, não gerando efeitos e, deste modo, não possui o empregado direito à percepção de quaisquer haveres trabalhistas.

Doutra giro, uma segunda proposta – e ainda mais inovadora - seria a instituição de uma nova forma de rescisão por justa causa: o desate por razão social. Se é fato que a sociedade possui interesse na execução correta do pacto laboral, é igualmente assertivo que a contrariedade desta expectativa pública permite uma reação pela parte prejudicada. Assim, seria possível ao magistrado, no exercício de seu *múnus* de aplicador da lei, reconhecer a rescisão do contrato de trabalho por justa causa “por razão social”.

Foi esta a solução aplicada pelo Exmo. Magistrado Rodrigo Anderson Ferreira, pertencente ao quadro do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região - Pernambuco, tendo decidido num cenário idêntico ao proposto da seguinte forma:

“Outrossim, nos termos da fundamentação supra, declaro a rescisão do contrato de trabalho firmado entre as partes desta demanda, por justa causa, por força do art. 482 da CLT, alínea “b”, por mau procedimento do obreiro, ante o desrespeito ao comportamento socialmente dele exigido, dever assessorio de seu pacto laboral perante terceiros.” (Dr. Juiz Rodrigo Anderson Ferreira de Oliveira, processo 0000285-33.2013.05.06.0361)

Não se pode olvidar aqui de ressaltar que a segunda solução sugerida e acima exemplificada pode levar a questionamento de violação ao princípio dispositivo, posto que não teria sido essa modalidade de término contratual objeto de pleito pelas partes litigantes. Todavia, este óbice pode ser facilmente afastado, quando se leva em conta que o fundamento desta decisão é a função social, matéria de ordem pública que, portanto, permitiria a conduta reativa do Magistrado. Este raciocínio está longe de ser teratológico, principalmente quando se leva em conta que o Poder Público pode agir de imediato, aplicando à medida que entende cabível, em caso de não cumprimento da função social da propriedade urbana ou rural.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Detalhando os preceitos de função social do contrato e os fundamentos que permitem trazer seu conteúdo à seara laboral, foi possível trabalhar sobre uma nova ótica um caso específico, permitindo novas reflexões acerca da disciplina “término do contrato de trabalho”. Cumpriu-se, dessa forma, com o escopo proposto.

Faz-se mister destacar que o estudo do tema “função social do contrato de trabalho” é fundamental para que o direito do trabalho possa retomar os trilhos, realocando-o em sintonia com o melhor e mais atualizado espírito constitucional. Entendo que disciplina aqui discutida permite uma reanálise do contrato de trabalho, a fim de retomar ao trabalhador sua dignidade humana, ao mínimo amenizando a ótica mercadológica que ainda predomina quanto ao obreiro, visto mais como instrumento-meio do que fundamento-fim.

Por outro lado, a discussão do caso apresentado torna evidente como a função social do contrato de trabalho permite, na prática judicial, um novo horizonte. Em razão da exiguidade de espaço nesse trabalho acadêmico, não é possível maiores incursões sobre as soluções apontadas, tendo se limitado aqui a dar passos iniciais no que se entende um campo fértil para renovação do direito e da atividade judicial trabalhista.

A esperança é que esta breve obra incentive aqueles que sobre ela se debruçam a darem novos saltos doutrinários e hermenêuticos sobre a disciplina. Creio que este é o

constante caminho que o ordenamento jurídico deve percorrer: da inovação e da reação, em prol da paz e prosperidade social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa? **LTr**, São Paulo, n. 4, p. 391-393, abr. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Editora Manole, 2007.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**. Processo nº 0000285-33.2013.05.06.0361. Disponível em <[http://apps.trt6.jus.br/consultaProcessual/viewDocument/view?FileType=RTF&QueryType=MANUAL\\_REGISTER\\_BINARY&numberStick=361&filename=arq&ziped=true&idArquivo=SE01201306280920005](http://apps.trt6.jus.br/consultaProcessual/viewDocument/view?FileType=RTF&QueryType=MANUAL_REGISTER_BINARY&numberStick=361&filename=arq&ziped=true&idArquivo=SE01201306280920005)>. Acesso em 21 de Junho de 2022.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Processo nº 2201920089900. Disponível em <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18895771/2201920089900-pr-22019-2008-9-9-0-0-trt-9>>. Acesso em 21 de Junho de 2022.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região**. Processo nº 1597200500116001. Disponível em <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4467424/1597200500116001>>. Acesso em 21 de Junho de 2022.

CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 983, 11 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8077>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. *In*: MARTINS COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 42, abr-jun, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NALIN, Paulo R. R. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In*: LOTUFO, Renan (org.). **Cadernos de autonomia privada**. Curitiba: Juruá, 2001.

NETTO, João Afonso Dallegre. **Responsabilidade Civil no contrato de trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

PAES, Arnaldo Boson. A função social do contrato e sua aplicação nas relações de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19545>>. Acesso em: 13 set. 2013.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais na ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 10 abr.-jun. 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## **DIREITO À SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES E POSSIBILIDADES**

**HAECKEL RODRIGO BULCÃO DA SILVA:**

Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia-UNEB.

**RESUMO:** O presente artigo analisa os fenômenos da judicialização do direito à saúde e do ativismo judicial, buscando identificar os seus limites e possibilidades, além dos fundamentos que legitimam a atuação proativa do Poder Judiciário quanto à efetivação do direito fundamental à saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** judicialização; saúde; ativismo.

**ABSTRACT:** This article analyzes the phenomena of the judicialization of the right to health and judicial activism, seeking to identify its limits and possibilities, in addition to the foundations that legitimize the proactive action of the Judiciary regarding the realization of the fundamental right to health.

**KEYWORDS:** judicialization; health; activism.

### **INTRODUÇÃO**

É cada vez maior a discussão no ambiente jurídico (e político) sobre a problemática do ativismo judicial e a sua relação com o direito à saúde. Há um sem-número de casos em que a prestação da saúde é levada ao conhecimento do Poder Judiciário como objeto de demandas judiciais.

O que se sabe, por óbvio, é que o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil é um consectário lógico da não efetivação deste direito por parte do poder público. Entretanto, por se tratar de um direito fundamental garantido na Constituição Federal, não deveria, em hipótese alguma, ser objeto de demanda judicial para ter a sua efetividade garantida, por ser dotado de eficácia jurídica imediata.

As normas constitucionais, notadamente as previstas no rol não exaustivo de direitos e garantidas fundamentais, a exemplo do direito à saúde, não podem ser compreendidas como meros conselhos ao poder público e à sociedade.

Ao revés, são imperativos para a atuação administrativa, sob pena de, em não sendo efetivadas, incorrer o Estado em típica e injustificável omissão inconstitucional.

Neste complexo cenário de crise de efetividade, a sociedade contemporânea vem presenciando os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, que surgem como alternativas para a efetivação do direito à saúde, que se reveste de caráter emergencial, suprimindo o Poder Judiciário a omissão inconstitucional das demais funções estatais.

Nesta senda, diante das necessidades individuais e coletivas no âmbito da saúde, surge a necessidade de o Poder Judiciário fazer escolhas, ou seja, atender a um interesse jurídico em detrimento de outros, caracterizando o que se compreende por “escolha trágica”.

Assim, frente a tais inquietações, pretende-se, no presente artigo, estudar as seguintes questões: Quais os fatores que acarretam a judicialização de um direito fundamental já garantido constitucionalmente? E quais os limites de atuação do Poder Judiciário para assegurar a efetivação desse direito?

A relevância deste tema é perceptível quando se observa o Poder Judiciário, na tutela jurisdicional do direito à saúde, intervindo (ainda que legitimamente) em atribuições das demais funções estatais.

Este trabalho está organizado em dois capítulos, a saber:

(i) o primeiro capítulo trata do direito fundamental à saúde, analisando o seu histórico no Brasil, a sua moldura constitucional e a sua crescente judicialização;

(ii) o segundo capítulo analisa a problemática da judicialização e do ativismo judicial no cenário brasileiro.

## **1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

No presente capítulo é analisado o histórico do direito à saúde no Brasil, desde a chegada dos portugueses às terras brasileiras até os dias hodiernos, contextualizando a saúde pública com os respectivos momentos políticos do País.

É feita, ainda, uma análise da saúde como direito fundamental constitucional, destacando a sua eficácia imediata e o seu caráter essencial ao ser humano, como um pressuposto lógico do direito à vida.

Ademais, são analisadas as considerações acerca da judicialização do direito à saúde, destacando os aspectos que a ensejam.

### **1.1 HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Para analisar e compreender a complexa realidade do setor da saúde em nosso País, faz-se mister conhecer os determinantes históricos envolvidos nesse processo, pois tal setor não ficou imune às fortes influências dos contextos político, social e econômico pelos quais o Brasil passou com o decorrer do tempo.

Ademais, para analisarmos o histórico das políticas de saúde no Brasil, é importante estabelecermos algumas premissas que sempre nortearam o setor da saúde neste País, e que, de acordo com Marcus Vinícius Polignano (2001), são as seguintes:

1. A evolução histórica das políticas de saúde está relacionada diretamente a evolução político-social e econômica da sociedade brasileira, não sendo possível dissociá-los; 2. A lógica do processo evolutivo sempre obedeceu à ótica do avanço do capitalismo na sociedade brasileira, sofrendo a forte determinação do capitalismo a nível internacional; 3. A saúde nunca ocupou lugar central dentro da política do Estado brasileiro, sendo sempre deixada na periferia do sistema, como uma moldura de um quadro, tanto no que diz respeito a solução dos grandes problemas de saúde que afligem a população, quanto na destinação de recursos direcionados ao setor saúde. (POLIGNANO, M.V. 2001, p. 2)

Desde a chegada dos portugueses às terras brasileiras até o fim do período Colonial, pelo fato de o Brasil ser ocupado majoritariamente por pessoas vulneráveis econômica e juridicamente, por pessoas escravizadas e pelos povos originários, que aqui já se encontravam, nenhum modelo de atenção à saúde da população foi adotado por parte da Coroa Portuguesa.

Neste período, segundo Cláudio Bertolli Filho (2004), a atenção à saúde estava limitada aos próprios recursos da terra, como plantas e ervas medicinais, por meio de pessoas com conhecimento na arte de curar, os chamados 'curandeiros', haja vista que poucas pessoas aceitavam submeter-se aos dolorosos e desgastantes tratamentos feitos com médicos graduados na Europa.

Entende Cláudio Bertolli Filho (2004) que a chegada da Família Real ao Brasil trouxe a necessidade de uma mínima organização na estrutura sanitária, a fim de dar um suporte ao poder que aqui estava sendo instalado, vale dizer, no início, o interesse era única e exclusivamente o controle sanitário, tendência que perdurou por alguns anos.

Este fato era potencializado também pela extrema carência de profissionais da área de saúde no País, pois, até o ano de 1808, quando foi criado, na Bahia, o Colégio Médico-Cirúrgico, não havia universidades com cursos do setor da saúde.

Comenta-se que com o advento da Proclamação da República, em 1889, o modelo sanitário aplicado durante o Brasil Império já não mais se mostrava eficiente. O Brasil, ao tornar-se republicano, sofreu muitas transformações socioeconômicas, em especial no que diz respeito à urbanização, a partir da implantação de indústrias nas cidades, contribuindo diretamente para a formação de grandes conglomerados urbanos.

A cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, possuía um quadro sanitário desfigurado e caótico, caracterizado pela existência de várias epidemias graves que dizimavam a população brasileira, como a varíola, a malária e, em especial, a peste bubônica.

Em face disso, muitas foram as consequências na saúde coletiva e na economia do País, pois os navios estrangeiros não mais queriam atracar no porto do Rio de Janeiro.

Como resposta a esta situação calamitosa no campo da saúde pública, Rodrigues Alves, então Presidente da República, nomeou Oswaldo Cruz como Diretor do Departamento Federal de Saúde Pública, com o objetivo político de erradicar a epidemia de febre-amarela no Rio de Janeiro, criando um grupo de mil e quinhentas pessoas, que exerciam serviços de combate ao mosquito, muitas vezes de maneira violenta por parte dos 'guardas-sanitários', gerando uma onda de insatisfação na população brasileira.

Tal modelo sanitário implantado por Oswaldo Cruz ficou conhecido como 'modelo campanhista', e era fundamentado nas ideias de Maquiavel, pelas quais os fins justificavam os meios.

Malgrado as arbitrariedades cometidas pelo governo, o 'modelo campanhista' obteve importantes vitórias no combate a epidemias, erradicando, inclusive, a febre-amarela no Rio de Janeiro, fato que fortaleceu o modelo proposto e o tornou hegemônico como proposta de intervenção na área da saúde coletiva até a década de 60.

Nesse período, foram criados a Diretoria-Geral de Saúde Pública, uma seção demográfica, um laboratório bacteriológico, serviços de profilaxia e desinfecção, e o instituto soroterápico federal, que posteriormente fora transformado no Instituto Oswaldo Cruz.

No ano de 1920, Carlos Chagas, que sucedeu Oswaldo Cruz, reestruturou o Departamento Nacional de Saúde, que até então era vinculado ao Ministério da Justiça, e



passou a investir na política de propaganda acerca da educação sanitária, introduzindo no País um modelo sanitário inovador, fundamentado na prevenção.

É tanto que Cláudio Bertolli Filho (2004) comenta que, em verdade, tal modelo caracterizou-se por estabelecer estratégias para melhorar as condições sanitárias das áreas essenciais para a economia nacional, quais sejam, as cidades e os portos, tendo em vista que era única a preocupação do governo republicano à época: o desenvolvimento da economia nacional, predominantemente agroexportadora.

Foram criados órgãos especializados no combate à tuberculose, à hanseníase e às doenças venéreas. Ademais, foram expandidas as atividades de saneamento para as outras cidades do Brasil.

Com a obtenção de um relativo controle das epidemias nos conglomerados urbanos através da SUCAM, a política de controle sanitário expandiu-se para o campo, visando o combate das chamadas 'epidemias rurais'.

Na década de 30, marcada pelo Estado Novo, foram poucos os investimentos no setor da saúde pública no Brasil. Nesse período, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública e foram disseminadas algumas ações de saúde, através da fiscalização de produtos de origem animal.

Em contrapartida, nos anos 40, ocorreram alguns importantes avanços no campo da saúde. O então Ministério da Educação e Saúde foi autorizado a organizar, através do Decreto 4275, o Serviço Especial de Saúde Pública- SESP, órgão este que foi decorrente da Terceira Conferência Extraordinária dos Ministros das Relações dos Continentes Americanos, realizada em janeiro daquele ano, no Brasil.

Além disso, Brasil e Estados Unidos firmaram, na capital deste país, o Acordo Básico, por intermédio do qual foram definidas as responsabilidades em relação às garantias sanitárias, com o escopo de desenvolver na área de extração de borracha na Amazônia as atividades de saneamento, profilaxia e assistência médico-sanitária aos trabalhadores daquele setor da economia.

Na década de 50, foram criados o Ministério da Saúde (1953), que se caracterizava por ser uma mera dissolução do antigo Ministério da Saúde e Educação, sem importantes repercussões práticas, e o Departamento Nacional de Endemias Rurais (1956), incorporando os antigos serviços de combate à epidemias e endemias.

A saúde, nas décadas de 60 e 70 - marcados pelo Regime Militar-, sofreu algumas importantes transformações. Foi promulgado o Decreto-Lei 200/1967, designando o Ministério de Saúde como o responsável pelas atividades médicas ambulatoriais e ações preventivas em geral; controle de drogas, medicamentos e alimentos; e pesquisas médicas e sanitárias.

No ano de 1970 foi criada a Superintendência de Campanhas da Saúde Pública-SUCAM, que possuía a atribuição de executar as atividades de erradicação e controle de endemias.

Em 1975 foi criado o Sistema Nacional de Saúde - SNS, responsável pela sistematização do campo de atuação na área de saúde dos setores privados e públicos. O documento de instituição do SNS reconhecia e oficializava que a medicina curativa era atribuição do Ministério da Previdência, e a medicina preventiva era atribuição do Ministério da Saúde. Entretanto, poucos recursos foram destinados à prática de atividades preventivas, o que significou uma cristalina paradoxal prioridade às atividades curativas, mais cara.

No ano de 1976 foi iniciado o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento - PIASS. Tal programa caracterizou-se como o primeiro programa de medicina simplificada do nível Federal, e permitiu o ingresso de técnicos provenientes do 'movimento sanitário' no interior do corpo de agentes do Estado. O programa é estendido a todo o território nacional, o que, de acordo com Polignano (2001), acarretou uma grande expansão da rede ambulatorial pública.

Todavia, no final dos anos 70, em virtude da crise política e econômica do Regime Militar, as políticas de saúde deste Regime entraram em colapso. Em virtude de ter priorizado a medicina curativa, o modelo proposto não conseguiu solucionar os principais problemas de saúde coletiva, a exemplo das epidemias e endemias, e os indicadores de saúde, como os índices de mortalidade infantil.

Eram constantemente aumentados os custos da medicina curativa, tornando o modelo incapaz de atender a uma população cada vez maior de marginalizados do sistema.

Cumprе ressaltar que a crise no sistema de saúde foi potencializada pelos altos índices de desvios de verbas destinadas à saúde pública.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, foi instituído o Sistema único de Saúde - SUS, dando novos contornos e uma maior preocupação com a saúde, conforme será estudado no tópico subsequente.

## 1.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Todas as Constituições brasileiras anteriores trouxeram em seu texto algumas normas protetivas ao direito à saúde. Todavia, foi a Constituição de 1988 a primeira a dispensar à saúde uma maior importância e proteção, colocando-a como direito social fundamental, entrando em consonância com as principais declarações internacionais de direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 196, que a saúde é um direito de todos e também um dever do Estado, que deve ser 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.

Passou a saúde a ser considerada um direito público subjetivo, constitucionalmente tutelado, sendo incumbência do Estado implementar políticas econômico-sociais visando garantir aos cidadãos a plena efetividade de tal direito.

Leny Pereira da Silva (2011), em monografia intitulada *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*, afirma que a regra inscrita no artigo 196 da Constituição possui caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano constitucional a organização federativa do Estado brasileiro.

Nas lições da autora, a saúde cuida-se de um direito que não pode ser transformado em uma promessa institucional, implicando o descumprimento do preceito constitucional.

Neste sentido, assevera André da Silva Ordacgy (2007) que a saúde se encontra entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida.

De acordo com o autor, constitui-se a atenção à saúde um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

A Lei Maior impõe o acesso à saúde como prestação do Estado, resultante de uma atuação positiva, sendo tal direito classificado como de segunda geração.

Não há questionamentos quanto ao fato de que o direito à saúde deve ser efetivado o mais amplamente possível, não se restringindo às situações de risco de morte ou de grave lesão à saúde física ou mental.

Porém, deve abarcar também a hipótese de se assegurar um mínimo de bem-estar ao paciente, como nos casos de instalação de *home care*, isto é, serviço de saúde domiciliar, quando for inviável a internação no hospital, ainda que este serviço ainda não esteja disponibilizado administrativamente pelo Sistema Único de Saúde-SUS.

A Constituição busca significativamente a garantia do direito à saúde. Foi criado o Sistema Único de Saúde-SUS, que visa atender as necessidades locais da população e cuidar de questões que influenciam na verificação da saúde, como o meio ambiente, a vigilância sanitária, a fiscalização de alimentos, entre outros.

Saliente-se que a competência quanto à responsabilidade do poder público é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Estabelece o artigo 23, inciso II, da Constituição, que os referidos entes federados deverão cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

A solidariedade passiva dos entes pode ser visualizada, ainda, no artigo 198, caput da CRFB/88, o qual afirma que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, e que este sistema único será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Assim, tendo em vista a referida solidariedade passiva entre os entes federados, assevera Ordacgy (2007) que a responsabilidade dos réus em uma eventual demanda judicial para fins de efetivação do direito à saúde é de cunho solidário, não havendo razões para se falar em quinhão de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Município no fornecimento gratuito de medicamentos ou de tratamento médico.

Ademais, reconheceu o artigo 197 da Constituição que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Estado dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Nota-se, dessa maneira, que muitos são os dispositivos constitucionais que cuidam do direito à saúde, seja direta, seja indiretamente, evidenciando a preocupação do constituinte em efetivar plenamente as ações e políticas neste âmbito.

Importa esclarecer, ainda, que alguns estudiosos apontam como limite à efetivação do direito à saúde por intermédio de decisões judiciais o princípio da reserva

do possível. Ou seja, a atuação do Poder Judiciário para a efetivação de alguns direitos sociais, a exemplo do direito à saúde, é condicionada à existência de recursos públicos disponíveis para tanto.

Contudo, conforme a posição do então Ministro Celso de Mello (2013), em Agravo nos autos de Recurso Extraordinário de número 730.741, entre proteger a inviolabilidade dos direitos à vida e à saúde, que se qualificam, ambos, como direitos subjetivos inalienáveis assegurados a todos pela própria Constituição Federal, ou fazer prevalecer um interesse meramente econômico-financeiro e secundário do Estado, por razões de ordem ético-morais, impõe-se ao julgador uma só alternativa: aquela dá privilégio ao respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Quis dizer o ex-Ministro que o simples argumento de limitação orçamentária não basta para restringir a efetivação do direito à saúde ao cidadão, vale dizer, para haver limitação à efetivação do direito à saúde deve existir uma efetiva impossibilidade orçamentária, que acarretaria um sério prejuízo à coletividade em caso de transferência de recursos de outros setores para o custeio de tratamento de saúde de um cidadão.

Caso assim não seja, não há razoabilidade em privilegiar um interesse financeiro e secundário em detrimento de um direito fundamental.

### 1.3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Judicializar, segundo Luís Roberto Barroso (2012), significa dizer que algumas questões de grande repercussão política e/ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Tal fenômeno possui múltiplas causas, e a primeira delas “foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988” (BARROSO, L.R. 2012, p.24).

De fato, com a promulgação da Lei Maior, o Poder Judiciário recuperou as suas garantias, transformando-se em um legítimo poder político, competente para efetivar as leis e a própria Constituição, ainda que, para tanto, seja necessário confrontar com outros Poderes.

Aliado a essa recuperação das garantias do Poder Judiciário, está o desenvolvimento do Ministério Público e da Defensoria Pública, instituições que contribuem sobremaneira para a efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos,

atuando junto ao Poder Judiciário, cobrando do Poder Público um satisfatório cumprimento de seus deveres perante a coletividade.

Ainda de acordo com o autor, outra causa da judicialização de direitos fundamentais foi “a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” (BARROSO, 2012, p.24).

Na medida em que o constituinte originário introduz no texto constitucional um direito fundamental, tal fato dá vazão a que esse direito seja elevado ao *status* de uma pretensão jurídica, podendo, por conseguinte, ser objeto de uma demanda judicial, para fins de sua efetivação.

A judicialização, no ordenamento jurídico brasileiro, é um fato decorrente do modelo constitucional que foi adotado, não sendo um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos de efetivação de direitos fundamentais que são levados ao Judiciário, os juízes e Tribunais, em face do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, devem se posicionar, mesmo em casos de lacuna na lei ou norma constitucional.

Atualmente, nota-se um grande crescimento desse fenômeno, fruto do fato de ser o sistema público de saúde ineficiente, seja em termos numéricos, seja em termos qualitativos. Assim, muitos cidadãos buscam a intervenção do Poder Judiciário para a efetivação do direito fundamental à saúde, desde o fornecimento de medicamentos à realização de cirurgias mais complexas.

Para serem efetivadas as políticas de saúde, é necessária uma atividade sincronizada dos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, não é isso que acontece na prática. O que se vê é um conglomerado legislativo inexpressivo, complexo e inoperante, o que dificulta a ação do Poder Executivo em seu dever constitucional de garantir o direito à saúde.

Alia-se a isso o próprio fato de o Poder Executivo não destinar recursos suficientes à saúde, além de não zelar pela correta aplicação de tal numerário, o que, por diversas vezes, resulta na realização de gastos desnecessários, ou mesmo no desvio de tais valores.

Neste sentido, acerca da atual situação da saúde no Brasil, relata Lafayette Reis Franco:

Não é sensacionalista apontar o caos na saúde pública brasileira, o que pode ser ratificado na superlotação das unidades de saúde existentes, na falta de suprimentos médicos mais básicos, como

gaze ou esparadrapo, na ausência de ambulâncias ou mesmo de médicos. Não é incomum que pacientes esperem meses ou até mesmo anos para serem atendidos em uma unidade de saúde, o que demonstra a falência do sistema e, sobretudo, o descompromisso do administrador público em atender aos comandos constitucionais, o que pode ser observado, aliás, em relação a uma série de outros direitos fundamentais, como o direito à educação ou à segurança pública, por exemplo. (FRANCO, L.R. 2013, p.7)

Aliado a esses fatos, outro fator é preponderante para a judicialização do direito à saúde em casos de inoperância do Poder Público para a sua efetivação: tal direito caracteriza-se como um pressuposto lógico do direito à vida, mais precisamente a uma vida digna, consentânea com os valores abarcados pela Constituição Federal.

Também merece destaque o caráter efêmero do direito à saúde. Não é razoável admitir uma morosidade para a garantia desse direito ao cidadão. Trata-se de uma prerrogativa que se reveste de um caráter de urgência, sob pena de comprometer seriamente a vida humana, valor de maior importância no nosso ordenamento jurídico.

Por essas razões, mostra-se louvável a postura atual dos órgãos do Poder Judiciário, que vêm revendo o seu papel na sociedade, atuando como garantidores efetivos dos direitos fundamentais.

Louvável também é o papel da Defensoria Pública e do Ministério Público, que emergem como instituições fundamentais para a efetivação do direito à saúde ao cidadão brasileiro, ajuizando demandas com esse objeto, corrigindo a grave inércia estatal quanto ao cumprimento de seus deveres perante a coletividade.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO BRASILEIRO**

No presente capítulo, é discutida a crescente judicialização dos direitos fundamentais no cenário político nacional, sendo postas em discussão as interferências do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas, sem deixar de verificar os parâmetros intransponíveis para a atuação do julgador.

São analisados, ainda, os fundamentos constitucionais do ativismo judicial no Brasil, enfatizando a mudança de postura do ordenamento e da jurisprudência brasileiros quanto à visão acerca da proteção da dignidade da pessoa humana, contribuindo sobremaneira para o surgimento e a posterior consolidação de tal fenômeno.

Ademais, é colocada em debate a problemática do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo analisados os posicionamentos da Corte quanto a esse fenômeno relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro e enfatizando a discussão acerca da sua legitimidade para adotar tal posicionamento proativo em suas decisões, assumindo definitivamente o papel de um tribunal político.

## 2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO

A judicialização da política e dos direitos fundamentais é um tema que vem sendo objeto de discussões e estudos nos dias atuais, notadamente nos campos da Ciência Política e do Direito.

Tal fenômeno inevitavelmente envolve uma transferência de função para juízes e tribunais, acarretando profundas alterações no cenário da realização das políticas públicas, e, como já dito, é produto de múltiplas situações, seja como consequência de uma tendência mundial nos últimos anos, seja como decorrência do modelo institucional do nosso País.

Por outro lado, muito se discute acerca do risco de a judicialização tomar contornos desarrazoados, transformando a justiça em política. À Constituição – e aos juízes e tribunais, seus intérpretes – não é permitido de modo algum suprimir a política, a governança, tampouco a importância e as atribuições do Poder Legislativo.

Deve o Poder Judiciário a todo o momento estar atento para garantir o exercício dos demais poderes constituídos, sob pena de, ao buscar sanar uma omissão inconstitucional, cometer outra inconstitucionalidade, violando dispositivos que reservam competências legislativas e atribuições.

Aos julgadores não é dada a possibilidade de portarem-se indiferentes às consequências políticas de suas decisões, em especial para evitar efeitos injustos ou prejudiciais ao interesse público e/ou aos direitos fundamentais.

Deverão, para tanto, somente agir dentro das possibilidades e dos limites estabelecidos pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Assim como o Brasil, a maioria dos Estados democráticos do mundo se organiza em um modelo de repartição de Poderes, *v.g.* Alemanha, Estados Unidos e França. As funções estatais de legislar, criando o direito posto; de administrar, concretizando o Direito e prestando serviços públicos; e de julgar, aplicando o Direito nas hipóteses de conflito de interesses, são atribuídas a órgãos diferentes, especializados, autônomos e independentes entre si.



Nada obstante, tais funções estatais exercem entre si um mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*), com vistas a garantir uma efetividade na atuação dos poderes no que concerne às suas atribuições. Neste sentido, dispõe Barroso:

Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial. (BARROSO, L.R. 2012, p. 30).

Observa-se que há, ainda, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, sendo recomendável uma posição de extrema cautela por parte do Poder Judiciário. O juiz, seja por vocação, seja por treinamento, em regra, prepara-se para realizar a justiça do caso concreto, visando a solução do conflito.

Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões sobre a prestação de um serviço público, por exemplo. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas no exercício exclusivo de suas funções.

O Poder Judiciário, como dito, deverá a todo o momento realizar uma avaliação criteriosa da própria capacidade e legitimidade institucionais para a tomada de determinadas decisões. Em muitas situações, terá de verificar se, em relação à matéria sob análise, outro Poder, órgão ou entidade da administração pública, ou algum ente paraestatal, por exemplo, não teria melhor qualificação para decidir no caso concreto.

De efeito, malgrado as opiniões em sentido contrário, é preciso enfatizar que Direito não é Política. Não é correto associar o que é correto, justo, ético, àqueles que detêm o poder político, eleitos para representar o povo, legítimo titular do poder. O que existe efetivamente é uma relação próxima, - umbilical, muitas vezes-, entre as instituições políticas e as instituições jurídicas, vale dizer, entre o mundo da Política e o mundo do Direito, através de mecanismos de ligação entre os dois campos, e tais mecanismos estão, frise-se, insculpidos na Constituição.

A Lei Maior realiza a interligação entre o Direito e a Política, submetendo-a às estruturas que fundamentam o Direito, a exemplo da ética, da segurança, da justiça e do bem-estar social. Para ser interpretada, a Carta Magna deve ser analisada sob um viés político, não olvidando, entretanto, dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Uma decisão judicial, segundo Barroso (2012), nunca será política no sentido de livre escolha, de plena discricionariedade. De acordo com o autor:

Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação. (BARROSO, L.R. 2012, p. 29).

O juiz, em todos os momentos, deverá agir em nome e de acordo com a Constituição, e não por vontade, ideias próprias, devendo cultivar a razoabilidade e ter sempre em vista que, por mais que não tenha sido eleito para aquela função, exerce um poder representativo em essência, uma vez que este emana do povo e deve ser exercido em nome dele.

Como é cediço, não é permitido aos julgadores se pautarem como populistas, devendo, em muitos casos, decidir de maneira contrária ao desejo e aos costumes da maioria, sempre em nome dos direitos fundamentais. A garantia e a efetivação dos direitos fundamentais, ainda que contra a vontade das instituições políticas e do poder público, é um pré-requisito do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo democrático.

Assim, a posição proativa do Poder Judiciário, nessas situações específicas, garantindo a efetivação de políticas públicas protetivas dos direitos fundamentais, sanando o vício da omissão inconstitucional gerado pelos outros poderes constituídos, favorece a democracia, se conformada com os limites bem definidos pela Constituição.

## 2.2 ATIVISMO JUDICIAL: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E PRECEDENTES NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Inicialmente, é importante esclarecer que o período do segundo pós-guerra foi marcado pelas profundas transformações nos ordenamentos jurídicos em todo o mundo. Em decorrência das lamentáveis atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, - em especial pelos Estados Fascista e Nazista, na Itália e na Alemanha, respectivamente-, passou a existir uma profunda preocupação dos sistemas jurídico-constitucionais com a proteção à dignidade da pessoa humana.

Constituições democráticas, a exemplo da Constituição alemã de 1949, passaram a trazer em seus textos diversas normas que garantem plena proteção à pessoa em suas dimensões física, psíquica, moral e espiritual. A Constituição Federal de 1988, apesar de ter sido promulgada tardiamente, por óbvio, não foge à regra.

Cuida-se de um importante exemplo de texto normativo que volta toda a sua carga valorativa para a tutela da dignidade da pessoa humana, elevando-a à posição de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB/88).

Seguindo essa linha protetiva, houve, ainda, uma profunda valorização da função exercida pelo Poder Judiciário por parte da Constituição Federal de 1988. A atividade jurisdicional passou a se imiscuir nos mais variados assuntos, intensificando a proatividade dos juízes e tribunais, que não mais se apresentam como meros espectadores distantes dos conflitos de interesses.

Reflexo de tal valorização do Poder Judiciário é o surgimento do chamado “ativismo judicial”. Segundo Luís Roberto Barroso (2012), tal fenômeno expressa uma posição do intérprete, uma forma proativa e expansiva de interpretar a Constituição Federal, potencializando o sentido e alcance de seus dispositivos normativos.

No mesmo sentido, a respeito do ativismo judicial, em sua obra intitulada *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, preconiza Elival da Silva Ramos:

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).(RAMOS, E.da S. 2010, p. 129).

Ou seja, caracteriza-se por ser a mudança do estado de passividade da função jurisdicional para uma postura proativa, optando os juízes e tribunais pela interpretação dos preceitos constitucionais de forma expansiva, de modo a conceder máxima efetividade e concretização dos direitos fundamentais, com o fim de dilatar o seu sentido e o seu alcance.

Um juiz ativista atua de forma distinta e aberta, pautando sua conduta no cumprimento integral da Constituição, de modo a aplicar os mandamentos constitucionais a situações ainda não acobertadas pelo texto constitucional, não se olvidando de considerar, em sua decisão, o contexto onde se encontra inserido, bem

como as consequências que poderão advir de tal decisão e, ainda, se caracteriza por impor condutas ou abstenções ao Poder Público, principalmente em matérias que envolvem políticas públicas.

Um julgador ativista tem como principal incumbência não preencher, mas, sim, compensar as omissões encontradas nas demais esferas de poder, conferindo uma eficácia máxima aos valores e direitos consagrados na Constituição Federal, a partir de uma decisão que traga consigo mecanismos que garantam sua efetivação. É o Poder Judiciário exorbitando os clássicos limites de atuação de sua esfera de poder para além das linhas limítrofes dos outros poderes constituídos.

As origens do fenômeno do ativismo judicial, segundo Barroso (2012), remontam à jurisprudência dos Estados Unidos da América, sobretudo às decisões da sua Suprema Corte. Observa-se, então, que foi favorecido pelo sistema *common law*, consagrando definitivamente o processo de criação judicial do Direito. Não demorou a essa posição enérgica do Poder Judiciário se difundir para outros sistemas normativos ao redor do mundo.

São muitos os países, - *v.g.* Turquia, Israel, Hungria e Argentina-, em que a atividade jurisdicional exerce um importante papel de garantia da justiça social, efetivando os direitos mais caros ao ser humano, sobretudo aqueles que dizem respeito diretamente à sua existência digna, a exemplo dos direitos sociais.

No Brasil, com a redemocratização, houve uma gradativa e importante ampliação do controle de constitucionalidade do Judiciário sobre as políticas públicas. Este controle é subsidiado pela própria Constituição Federal de 1988, que delimita os parâmetros mínimos de garantia e efetivação dos direitos fundamentais.

Segundo Daniel Sarmiento, em seu artigo intitulado *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*, a jurisprudência nacional é bastante rica nesta questão, e o Brasil é hoje seguramente um dos países com o Judiciário mais ativista. Ainda nesse sentido, preceitua o autor que:

É notável o avanço ocorrido no país, sobretudo ao longo da última década. (...) As intervenções judiciais eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.(SARMENTO, D. 2008, p.534).

Tal atitude proativa dos julgadores brasileiros tem como fatores preponderantes (i) a maior mobilização e conscientização política da sociedade, que aos poucos passa a alcançar o *status* da cidadania ativa, preconizado por Jellinek, em sua 'Teoria dos quatro *status*'; (ii) a busca pela facilitação do acesso à justiça, sobretudo com o fortalecimento das Defensorias Públicas, que realizam um importante papel de instrumento social de garantia dos direitos ao cidadão hipossuficiente; (iii) a exagerada quantidade de diplomas normativos que tratam de políticas públicas, quando, em verdade, não deveriam ser trazidas em lei, pois as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais têm eficácia imediata; e, (iv) em especial, a inobservância por parte do Poder Executivo dos direitos consagrados no ordenamento jurídico-constitucional, limitando a sua aplicabilidade.

Outro fator de muita importância para o surgimento do ativismo judicial é a liberdade de expressão alcançada pela imprensa brasileira, que, quando exercida responsável e idoneamente, realiza um significativo papel de divulgação da inércia e das irregularidades cometidas pelo Estado no que diz respeito à garantia dos direitos ao cidadão.

Não se pode olvidar, ainda, da composição do Supremo Tribunal Federal, que retrata essa posição proativa do Poder Judiciário.

Muitos Ministros da Suprema Corte brasileira têm formação humanista, com trajetórias de defesa da efetividade dos direitos fundamentais e da garantia dos valores e princípios constitucionais. Vale dizer, após a ditadura militar, a partir dos anos 90, o STF passou a exercer uma nova espécie de jurisdição constitucional por intermédio da qual o ativismo judicial auferiu considerável conotação.

Nesse sentido, é imperioso citar alguns exemplos de postura ativa do Supremo Tribunal Federal em demandas judiciais. Vejamos:

(i) o primeiro exemplo citado, considerado um dos mais importantes dos últimos anos, foi a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que previa a impossibilidade de progressão de regime nos crimes nela previstos, violando frontalmente o direito à individualização da pena e o caráter progressivo desta;

(ii) noutro giro, em muitos casos de julgamento de Mandados de Injunção nos últimos anos, o STF vem dando ao instituto a dimensão que o constituinte originário desejou, adotando uma posição concretista, e não somente a mera constatação da omissão normativa por parte do poder público;

(iii) em outra vertente, ao se debruçar sobre a questão da educação, o STF entendeu que esta se figura como um direito constitucional indisponível, fundamental, conferindo um desenvolvimento integral à criança e ao adolescente;

(iv) por fim, o exemplo mais importante de ativismo judicial perpetrado pela Corte no que diz respeito ao direito à saúde foi a decisão na ADPF nº45, em que o STF constatou que há responsabilidade solidária dos entes federativos quando o assunto é garantia ao direito à saúde.

### 2.3 ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Questão de grande relevância nos dias atuais, seja no âmbito jurídico, seja nos âmbitos político e social, diz respeito às frequentes decisões proativas proferidas pela Corte Constitucional brasileira, fenômeno este que, como visto, denomina-se ativismo judicial.

É uma tendência atual no ordenamento jurídico brasileiro que sejam levadas as principais questões de cunho político para ser discutidas e julgadas no Supremo Tribunal Federal. Temas que outrora eram tidos como estritamente políticos, passaram a ser judicializados com considerável frequência.

Durante muito tempo, até a promulgação da CRFB/88, o STF entendia que determinadas questões políticas deveriam ser decididas nas casas políticas, pelos seus membros, não cabendo interferência judicial.

De acordo com a Corte à época, por tratarem-se de mérito administrativo (conveniência e oportunidade), caberia tão somente aos agentes políticos eleitos pelo povo a discricionariedade para escolher a solução mais adequada aos interesses da coletividade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, o STF passou a adotar uma postura concretista nos seus posicionamentos, decidindo de modo a garantir a plena efetivação dos aludidos direitos que a Lei Maior traz em seu texto.

Segundo José de Ribamar Barreiros Soares (2010), o Pretório Excelsior, colocando-se na condição de protagonista, mudou a sua postura, pois, passou a se posicionar de maneira mais interpretativa, permitindo que, pela via da interpretação, passe a ser possível a modificação da lei ou mesmo a criação judicial do direito, pela qual a lei nada específica, além, é óbvio, da criação de normas de cunho constitucional pelas decisões judiciais.

Tal postura do STF vem ampliando sobremaneira o controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas, e isso é tema central de inúmeras discussões que hoje são travadas entre os cientistas políticos, os sociólogos e os filósofos do Direito, inaugurando um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.

O fenômeno do ativismo judicial no Poder Judiciário, mais especificamente do STF, evidencia o papel garantidor de direitos fundamentais desta Corte.

Todavia, a legitimidade das decisões proferidas pelo STF, como uma Corte Constitucional que é, é frequentemente contestada, questionada.

E com o mesmo problema sofrem os juízos monocráticos de primeiro grau, sendo alvo, por óbvio, das mesmas críticas sofridas pelo STF no que tange à legitimidade para proferir tais decisões.

Se referidos agentes não são recrutados pela via eleitoral, - defendem os adeptos desse posicionamento-, por essa razão, não podem invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, sob pena de ser considerada uma atuação contramajoritária.

Alguns autores, em posição contrária à falta de legitimidade do Judiciário para atuar de maneira proativa, a exemplo de Alexy (2007), teorizam no sentido de que o parlamento representa o cidadão politicamente e as cortes constitucionais os representam argumentativamente, baseando-se na participação de entidades, advogados públicos e privados, associações etc., sendo tais atores o elo entre a sociedade e os Ministros, produzindo um efetivo entrosamento entre o STF e o povo. Daí porque, teria o STF legitimidade para representar em decisões políticas a vontade popular.

Ainda nesse sentido, assevera Barroso (2012) que há duas justificativas que legitimam a posição proativa do Supremo Tribunal Federal em demandas de cunho político: uma de natureza normativa e outra filosófica. Nos dizeres do Ministro, a justificativa normativa é decorrente do fato de que a CRFB/88 expressamente outorga esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, que é o responsável principal pela guarda da Constituição.. A maioria dos Estados democráticos de direito seleciona uma parcela de poder político a ser exercida por agentes públicos que não são eleitos pelo voto popular e cuja atuação é eminentemente técnica e imparcial.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que juízes não são entidades mecânicas, pois lhes cabe dar sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo de 'função social da propriedade', 'dignidade da pessoa humana', o que, em última análise, nada mais é do

que a participação na criação do Direito. Já a justificativa filosófica, nos ensinamentos de Barroso, se fundamenta no fato de que a Constituição desempenha dois importantes papéis:

Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. (...) Aí está segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, L.R. 2012, p 28).

Assim, importa assinalar que em todas as decisões em que adotou uma postura ativista, o STF foi instado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados, em obediência ao princípio da congruência. A Corte, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CRFB/88), não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez atendidos os requisitos de cabimento dos instrumentos judiciais.

Não se pode, por isso, imputar ao STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes jurisprudenciais referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de supremacia judicial. O ativismo judicial não é decorrência de uma opção ideológica, filosófica, ou sociológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir o seu papel de intérprete da Constituição.

#### **4 CONCLUSÃO**

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito fundamental à saúde de uma maneira ostensiva, jamais vista antes no histórico constitucional brasileiro, pois os textos anteriores traziam apenas disposições esparsas e dotadas de baixo grau de normatividade.

O artigo 196 da CRFB/88 dá à saúde a conotação de direito de todos e dever estatal, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, sendo regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ou seja, é possível identificar na redação do dispositivo constitucional tanto um direito individual como um direito coletivo de proteção à saúde, colocando-o como um direito público e subjetivo assegurado à totalidade das pessoas, configurando um objeto de uma relação obrigacional entre o indivíduo e o Poder Público.



Topograficamente o direito à saúde localiza-se no Capítulo dos Direitos Sociais, dentro do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Por essa razão, as normas que tratam da saúde na CRFB/88 não são meras normas de caráter programático, não dotadas de efetividade, incapazes de produzir efeitos no plano fático, apenas indicando diretrizes para a atuação do Poder Público.

Demais disso, além de caracterizá-lo como um direito do indivíduo e da coletividade, a nossa Lei Maior estabelece que a prestação da saúde é acima de tudo um dever fundamental do Estado, atribuição esta que é de responsabilidade solidária entre os entes federados, que devem elaborar ações que o efetivem.

Sucede que, sendo constatada a existência de políticas públicas que concretizam tal direito constitucional, cumpre ao Poder Judiciário, diante de demandas que postulam a sua efetivação, identificar quais as razões que fizeram com que a Administração Pública negasse tal prestação naquela ocasião, verificando também se as políticas eleitas pelos órgãos administrativos atendem aos ditames da CRFB/88 do acesso universal e igualitário.

Não sendo encontrados motivos razoáveis e concretos que justifiquem a não efetivação do direito à saúde ao cidadão, o próprio Poder Judiciário deve se encarregar de dar concretude a essa prestação constitucional, exercendo a sua competência constitucional de exercer o controle dos atos e omissões administrativas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem exercendo um papel de muita relevância. É firme a jurisprudência da Corte no sentido de negar conhecimento a recursos extraordinários que visem reformar decisões que dão efetividade ao direito à saúde quando o caso em espécie permite tal comportamento proativo do Poder Judiciário.

A mais alta Corte do País tem se caracterizado por ser intolerante às omissões inconstitucionais da Administração Pública quando o assunto é direito à saúde e a sua efetivação. Não são poucos os casos em que o STF mostra-se irreduzível quanto ao reconhecimento da obrigatoriedade do Estado em dar concreção ao direito à saúde do cidadão, a exemplo dos recursos estudados no presente trabalho.

Importante frisar, todavia, que tal postura do julgador – denominado “ativismo judicial” – há ser adotada com parcimônia, sob pena de desbordar os limites bem delineados pela Lei Maior, incorrendo em atuação inconstitucional.

Nesse diapasão, o próprio STF, que é uma Corte que preza pelo posicionamento proativo do Judiciário, reconhece os limites bem definidos de atuação do julgador.

Desse modo, conclui-se que é necessário superar a denegação sistemática e recorrente no plano administrativo de um direito já garantido pela Constituição, superando a ideia sedimentada na coletividade de que a única maneira de dar efetividade ao direito à saúde é pela via judicial, que deve ser tida como a *ultima ratio*.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53-4

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)thesis. Centro de Ciências sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1 (2012). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>>. Acesso em: 20 mar. 2015

BERTOLLI, F. C. **História de saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: ática, 2004. p.1

FRANCO, L. R. **Judicialização do direito à saúde**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3735, 22 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25377>>. Acesso em: 14 set. 2015.

JUNIOR, H. T. **Curso de direito processual civil**. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 822

MENDES, G.; BRANCO, P. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1446

ORDACGY, A. da S. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em: [http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf). Acesso em: 17 mar. 2015.

PETRACIOLI, R. S. **Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2281, 29 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13579>>. Acesso em: 15 set. 2014

POLIGNANO, M. V. (2001). **História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão**. Cadernos do Internato Rural – textos de apoio. Disponível em: <<http://internatoruarl.medicina.ufmg.br/textos.htm>>. Acesso em: 2 out. 2014

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129

ROCHA, A. F. O. da. **Judiciário e políticas públicas: a concretização dos direitos fundamentais-sociais**. Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 27, p. 19-32, 2010. Disponível em: <<http://www4.jfrj.jus.br>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

SARMENTO, D. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586

SILVA, L. P. da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

SILVA, S. V. C. **Ativismo judicial no Brasil**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 18, n. 3822, 18 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/233471>>. Acesso em: 05 abr. 2015

SILVA, V. D. da. **Ativismo judicial e judicialização da política: meios de concretização dos direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 19, n.4002, 16 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28333>>. Acesso em: 30 set.2014

SOARES, J. R. B. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) - UERJ. 2010

TAVARES, A. R. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 181 p.

## O ACESSO AO ABORTO COMO UM DIREITO HUMANO

**BETINA SCHREINER:** Advogada. Graduada em Direito pela UNISOCIESC (Sociedade Educacional de Santa Catarina) em Joinville/SC e Especialista em Direito Público pela ESMESC (Escola da Magistratura Estadual Catarinense).

**RESUMO:** O presente artigo busca definir o acesso ao aborto como um Direito. Através da análise de dados sobre o aborto no Brasil, fica demonstrado como a criminalização do aborto prejudica as mulheres, mas principalmente as pobres, uma vez que são elas as maiores vítimas dos procedimentos clandestinos realizados de forma precária. Frente aos dados, demonstra-se como a efetivação dos direitos humanos à vida, saúde e liberdade passam a ser divididos por gênero, classe e raça. Deste modo, a efetivação plena dos direitos humanos está diretamente ligada ao gênero, raça e classe social que pessoa pertence. No que diz respeito às mulheres, a não efetivação desses direitos está diretamente ligada ao fato do aborto ser criminalizado, a mulher é colocada em um lugar de submissão, como se não fosse um sujeito completo, que deve ter sua dignidade e sua capacidade de escolha respeitada.

Palavras-chaves: acesso ao aborto, direitos humanos, mulheres.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa conceituar o aborto como um Direito Humano. Para tanto, foi dividido em três capítulos.

A primeira parte traz os dados sobre o aborto no Brasil fala do aborto e como sua criminalização é prejudicial. Por sua vez, o segundo capítulo, busca conceituar o aborto como um Direito Reprodutivo e sua proteção no âmbito internacional. Por fim, no último capítulo, busca-se definir o aborto como um direito humano.

Primeiro se faz necessário reafirmar o direito ao aborto como um direito progressista e humano, que deve estar na pauta dos partidos de esquerda. Assim, para chegar nessa definição, no primeiro capítulo será feita uma análise dos dados sobre o aborto no Brasil, demonstrando como este procedimento é comum na vida das brasileiras e, ainda, como a ilegalidade causa a internação e morte de inúmeras mulheres, pois a ausência de auxílio estatal, faz com que se submetam a procedimentos de baixo custo, feito sem as mínimas condições de saúde,

Neste sentido, à vista que o procedimento seguro, ainda que ilegal, é de alto custo, portanto, restrito a uma pequena parcela da população, demonstrar-se-á como a criminalização do aborto acaba sendo um problema não apenas de gênero, mas também de classe e raça, pois, conforme os dados apresentados, restou comprovado que a pobreza no Brasil tem gênero e raça: mulheres negras. Que, por consequência, acabam sendo as maiores vítimas da lei punitiva brasileira, limitando o acesso dessas mulheres aos direitos básicos, como vida, saúde e liberdade.

Em seguida, com base nos mais importantes documentos jurídicos internacionais, conceituar-se-á o aborto como um direito reprodutivo que, por consequência, deve ser reconhecido como um direito humano. E, por fim, será demonstrado como a proibição do aborto deixa a mulher numa posição de submissão, de não a reconhecimento como um sujeito de direitos capaz de fazer suas próprias escolhas.

## 2. DADOS SOBRE O ABORTO NO BRASIL

Primeiramente, é necessário definir o que é abortamento e aborto, conforme Norma Técnica editada pelo Ministério da Saúde em 2012:

Sob a perspectiva da saúde, abortamento é a interrupção da gravidez até a 20<sup>a</sup> ou 22<sup>a</sup> semana de gestação, e com produto da concepção pesando menos que 500g. Aborto é o produto da concepção eliminado pelo abortamento (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012, p. 76).

Ou seja, o termo técnico correto é abortamento, mas no presente trabalho se adotará o termo "aborto", por ser mais comumente utilizado.

O aborto pode ocorrer de forma natural ou provocado, sendo este último o objeto do presente trabalho, mais precisamente o Direito ao abortamento seguro. Segundo o Ministério da Saúde (2012, p. 76), o procedimento não será considerado seguro quando realizado nas seguintes condições:

O abortamento é considerado inseguro quando praticado em condições precárias e inadequadas, por pessoal com insuficiente habilitação, ou ambas as condições. Nesses casos, o abortamento relaciona-se com taxas elevadas de mortalidade, com cerca de 13% das mortes relacionadas maternas. Também acarreta condições de morbidade que, muitas vezes, comprometem a saúde reprodutiva da mulher. Por outro lado, se realizado em ambiente apropriado, com técnica adequada, e com profissionais de saúde capacitados, o

abortamento induzido é procedimento considerado seguro, com riscos muito pequenos se comparado com outros procedimentos médicos.

Levando em consideração as definições de condições para o aborto e identificando que a precariedade pode estar presente, convém tratar dos motivos que levam uma mulher a praticar um aborto. Eles podem estar relacionados à idade, estado civil, número de filhos, problemas conjugais e aspectos econômicos, como renda familiar e condição de trabalho (BANKOLE; SINGH; HAAS, 2001).

Em lugares que as mulheres têm oportunidades de emprego e educação, e consequentemente, postergam o casamento e a maternidade, os índices de abortos são maiores, principalmente entre as aquelas com menos de 25 anos. Por sua vez, em regiões mais conservadoras, onde as mulheres casam jovens e a expectativa é de engravidar logo após o casamento, o aborto é menos frequente (BANKOLE; SINGH; HAAS, 2001).

Ademais, mesmo com a estimativa da Organização Mundial de Saúde (OMS) que 120 milhões de mulheres no mundo desejem evitar a gravidez, nem elas, nem seus parceiros utilizam de métodos contraceptivos (BRASIL, 2011)

No Brasil, o acesso ao aborto ainda é bastante restrito, tipificado no rol de crimes contra a vida nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal, sua prática leva os autores à Júri Popular. O referido diploma legal, no entanto, permite a realização do procedimento nos seguintes casos: quando necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for fruto de um estupro, conhecidos como aborto terapêutico e humanitário, respectivamente (Artigo 128, I e II).

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, em 2012 no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, com voto favorável de oito dos Ministros, autorizou a antecipação terapêutica do parto quando tratar-se de feto anencéfalo, o que configurou um grande avanço na luta das mulheres pela própria autonomia e abrindo precedente para outras decisões.

Assim, em julgamento ainda mais recente, datado de 2016, o Ministro Luis Roberto Barroso concedeu um Habeas Corpus fundamentado na não recepção dos tipos penais que criminalizam o aborto (artigos 124 e 126 do Código Penal), em sua alegação constata que o procedimento praticado até o terceiro mês de gestação, não deve ser considerado crime.

Entretanto, mesmo diante de tantas sanções legais, a criminalização do aborto não é um fator impeditivo para que as mulheres o façam. Neste sentido, a Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) - realizada em 2010 como parte de uma investigação extensa sobre

políticas de saúde reprodutiva no Brasil, conduzida pela Universidade de Brasília e a Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero -, demonstra que 15% das mulheres brasileiras urbanas já se submeteram a um aborto ilegal. Contudo, conforme o próprio estudo, o número de abortos é certamente maior, uma vez que a pesquisa se refere a mulheres que praticaram aborto, e não a quantas vezes se submeteram ao procedimento ao longo da vida. Ademais, a pesquisa também não contabilizou a população rural e analfabeta do país, o que também elevaria a taxa de aborto inseguros (DINIZ; MEDEIROS, 2010).

Diante da análise realizada a pesquisa contribuiu também para a desmistificação da ideia de que o aborto é realizado para evitar maternidade precoce ou tardia. Na realidade, a proporção de realização de aborto “[...] varia de 6% para mulheres com idades entre 18 e 19 anos a 22% entre mulheres de 35 a 39 anos.” (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 962). Ou seja, a maioria das mulheres que praticam o aborto estão na idade reprodutiva:

[...] cerca de 60% das mulheres fizeram seu último (ou único) aborto no centro do período reprodutivo, isto é, entre 18 e 29 anos, sendo o pico da incidência entre 20 e 24 anos (24% nesta faixa etária apenas). Vale notar ainda que 15% das mulheres não sabem ou não responderam a idade com que realizaram o último aborto (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 963).

Tendo isto em vista, é importante uma análise levando em consideração às características sociais. Neste ponto, a pesquisa afirma que o aborto tem maior incidência em mulheres com escolaridade mais baixa: 23% das mulheres que fizeram aborto estudaram até o quarto ano do ensino fundamental, enquanto na população feminina que concluiu o ensino médio o índice cai para 12% (DINIZ; MEDEIROS, 2010). Entretanto, não é possível imputar a baixa escolaridade como um fator determinante à prática do aborto por dois motivos:

[...] os resultados refletem uma distribuição etária da educação na qual o nível de escolaridade é menor entre grupos que acumularam mais abortos ao longo do tempo, ou seja, as mulheres mais velhas e (2) porque é razoável crer que os efeitos indiretos da educação sobre o aborto – afetando participação no mercado de trabalho e salários, padrões de união conjugal, etc. – sejam tão ou mais importantes que os efeitos diretos do nível de informação sobre reprodução e sexualidade que uma maior escolaridade seria capaz de acrescentar. (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 963)

Ainda no quesito social, deve-se destacar que, de acordo com a PNA, a religião das mulheres não é um fator determinante para a realização do procedimento. A taxa de aborto entre mulheres de diferentes crenças é praticamente a mesma: "Pouco menos de dois terços das mulheres que fizeram aborto são católicas, um quarto, protestantes ou evangélicas, e menos de um vigésimo, de outras religiões. Cerca de um décimo não respondeu ou não possui religião." (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 963).

No que diz respeito aos métodos utilizados para provocar o abortamento, 48% utilizou algum remédio abortivo, que geralmente é uma forma mais segura de realizar o aborto. Em relação a outra metade, que não utilizou medicamentos, é possível que tenham realizado o procedimento de formas precárias de saúde. Deste modo, mais da metade das mulheres (55%) precisou de internamento após o procedimento (DINIZ; MEDEIROS, 2010).

O contexto apresentado dispõe de informações suficientes para a percepção de quão comum é o aborto no Brasil, uma vez "[...] que, ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto." (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 964). Mesmo diante de tantos dados provindos de análises oficiais, tal assunto ainda não é tratado como prioridade pelo Estado que deixa as mulheres à mercê das consequências reais do aborto

No tocante à mortalidade, a OMS estima que anualmente, no mundo, 47 mil mulheres morrem em decorrência de abortos realizados de forma precária (BRASIL, 2011). Enquanto isso, no Brasil, o aborto, realizado em condições precárias totaliza 13% das mortes das gestantes, o que o coloca em terceiro lugar nas causas de mortalidade materna (CPI, 2001).

Este índice pode ser, ainda, muito maior:

A questão do aborto pode, na verdade, ser ainda mais importante do que esse índice aponta, pois é razoável considerar a existência de uma subnotificação geral sobre o aborto, devido à ilegalidade da prática em inúmeros países em desenvolvimento. É provável que os índices de infecções e hemorragias encubram sequelas de tentativas de aborto em más-condições, fazendo com que a questão do aborto não seja considerada a terceira causa, mas algo ainda mais importante e urgente de ser discutido sobre a mortalidade materna (CPI, 2001, p. 39)

Outro fator agravante para esta situação é que a criminalização do aborto também dificulta o atendimento médico, pois muitas mulheres, com medo da repressão, não contam que se submeterem a um aborto, nem como ocorreu o procedimento:



Além de ser a causa provável de muitos óbitos, a clandestinidade dificulta desde o diagnóstico no atendimento médico até o registro adequado do aborto induzido, piorando a já precária qualidade com que frequentemente esse atestado é preenchido. No atestado de óbito, o simples registro da ocorrência de um aborto induzido, sem justificativa legal, pode caracterizar uma denúncia e ter implicações judiciais para o profissional, que muitas vezes acaba por preferir a omissão (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2004, p. 17)

Portanto, diante dos dados aparentados, é nítido o quão grave é este problema e o quanto pior ele pode se tornar, tanto no âmbito da saúde quanto no social. Desta maneira, a questão a responsabilidade estatal deve ser criticada, pois é necessária a ponderação das consequências da criminalização e a quantidade de mortes ocasionadas por esta, sendo reflexo, principalmente, da vitimização de certa parcela da sociedade

Para adentrar na análise sobre as vítimas do processo de criminalização do aborto é necessário ter em vista que o acesso, ainda que em clínicas ilegais, ao procedimento seguro, realizado por profissionais qualificados, ambiente propício e com demais condições necessárias para garantir a integridade da mulher, é de alto custo, o que é restrito a mulheres ricas, minoria na população.

As mulheres representam 51,3% da população brasileira, não existindo diferenças significativas entre a quantidade de negras e brancas, 49,9% e 49,3%, respectivamente. Por sua vez, os homens são 48,7% da população, sendo que 51,1% declaram-se negros, enquanto a população de brancos é de 48,2%. Logo, a mulheres negras são maioria no país (IPEA, 2009). Curiosamente, apesar de serem a maioria, as mulheres negras são as mais que enfrentam dificuldades no mercado de trabalho:

O desemprego é também uma realidade permeada de desigualdades de gênero e raça. Assim, a menor taxa de desemprego corresponde à dos homens brancos (5%), ao passo que a maior remete às mulheres negras (12%). No intervalo entre os extremos, encontram-se as mulheres brancas (9%) e os homens negros (7%) (IPEA, 2009, p. 27).

A renda *per capita* é outro importante indicativa na desigualdade social entre homens e mulheres, e negros e brancos. Enquanto a renda *per capita* do homem branco é de R\$ 1.491,00, a da mulher branca é de R\$ 957,00. Por sua vez, a renda *per capita* da população

negra é de R\$ 833,50 para o homem e R\$ 544,40 para mulher (IPEA, 2009). Diante deste contexto, percebe-se que pobreza no Brasil tem gênero e, principalmente, cor.

Conforme já exposto, o abortamento seguro é de alto custo, o que faz com que as mulheres pobres e negras recorram às práticas abortivas baratas que colocam em risco suas vidas:

Os resultados apontam para o aumento relativo da população não branca (preta parda, amarela e indígena) atendida nestas circunstâncias. Em 2008 as mulheres brancas representavam 40% do total de internações por abortamento, e em apenas dois anos sua participação decresceu para 34%. Já o atendimento às mulheres pardas aumentou de 54% para 60% entre 2008 e 2010 e, juntamente com as pretas, estas mulheres representaram 62% das internações por abortamento neste período (RISI, 2008, p. 85)

Isto é, além do aborto ser uma questão de gênero, é principalmente uma questão de raça e classe:

A ilegalidade aprofunda o abismo entre mulheres pobres e ricas. Divide o direito à vida por classe. Existem aquelas mulheres que podem realizar o procedimento em clínicas adequadas e aquelas que põem em risco a própria vida e a possibilidade de futuras gestações desejadas em clínicas sem a menor condição ou em auto-abortos. São essas últimas que batem às portas do Sistema Único de Saúde com as seqüelas de abortamentos realizados de forma insegura (FEGHALI, 2006, p. 216)

Sendo assim, será sobre as mulheres, mais especificamente pobres e negras, que recairá a pior consequência da criminalização do aborto, a morte: "As diferenças, que se concretizam em desigualdades, não são as mesmas para todas as mulheres: raça/etnia, classe social, religião, são fatores que também produzem identidades." (LUCENA, 2008, p. 29).

É pelo fato de pertencerem a determinado gênero e raça, que uma parcela da população terá os direitos negligenciados:

Para ilustrar, cabe citar, como exemplo da discriminação contra a mulher no campo da saúde, estudo de Amartya Sen, "Missing women", que evidencia como a omissão de políticas públicas na área da saúde, endereçadas às mulheres, resultou na morte evitável de milhões de mulheres. Isto significa que pertencer ao gênero feminino interfere no modo pelo qual os direitos humanos são exercidos, respeitados ou violados (PIOVESAN, 2002, p. 70)

Portanto, analisando os dados expostos, apesar de todos poderem serem réus numa ação penal que apura a prática do aborto e sofrerem as consequenciais legais, é sobre as mulheres que recai a privação aos Direitos fundamentais à vida, liberdade e autonomia.

### 3. O ABORTO COMO UM DIREITO REPRODUTIVO E SUA PROTEÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A luta das mulheres por igualdade foi pensada em políticas de justiça e de transformação da realidade com o reconhecimento das mulheres como sujeitos de direito, tendo em vista suas especificidades para, assim, atingir a democracia para todos os gêneros (LUCENA, 2008). Isto é, o Estado precisa intervir para garantir a igualdade:

Quando se reivindica equidade nas relações, exige-se um tipo de intervenção ou julgamento que não considere simplesmente a igualdade perante a lei – igualdade formal –, mas uma igualdade de fato (material), que seja construída socialmente, ou até mesmo por meio da lei exemplo do que se busca com as leis e políticas de ações afirmativas, que oferecem mais oportunidades para segmentos menos favorecidos socialmente, como as mulheres, os negros. (VENTURA, 2009, p. 20)

Os direitos reprodutivos devem ser, então, entendidos como uma extensão do Direito à igualdade, conforme explica Piovesan (2007):

Ao lado da universalidade, da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, surge o valor da diversidade. Nós somos iguais e diferentes, diferentes, mas sobretudo, iguais. Trabalho com três concepções de igualdade: a primeira é uma concepção de igualdade formal, que foi essa que eu mencionei, igualdade de todos perante a lei. A igualdade cega às diferenças. Em um segundo momento, surge a igualdade enquanto justiça social, a igualdade conduzida e inspirada pelo critério socioeconômico. E a terceira concepção de igualdade, que é a que nos importa, é a igualdade como reconhecimento de identidades. Não basta a justiça distributiva. Esta deve ser somada com a justiça enquanto reconhecimento de identidade, o que me parece central, especialmente para a teorização dos direitos sexuais, por exemplo.

Segundo Ventura (2009, p. 19), estes Direitos são entendidos como:

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.

A proteção conferida aos Direitos Reprodutivos é estendida aos direitos à vida e à sobrevivência, à saúde sexual e reprodutiva, à liberdade e à segurança, à não-discriminação e o respeito às escolhas, à informação e à educação para tomada de decisão, à autodeterminação e livre escolha da maternidade e paternidade, ao casamento, à filiação, à constituição de uma família, à proteção social à maternidade, paternidade e à família, inclusive no trabalho. (VENTURA, 2009). Portanto, quando se fala em Direitos Reprodutivos não está se referindo apenas a questão da procriação:

[...] a atual concepção dos Direitos Reprodutivos não se limita à simples proteção da procriação humana, como preservação da espécie, mas envolve a realização conjunta dos direitos individuais e sociais referidos, por meio de leis e políticas públicas que estabeleçam a equidade nas relações pessoais e sociais neste âmbito. (VENTURA, 2009, p. 20)

Os Direitos Reprodutivos são reconhecidos como direitos humanos, classificados como Direitos de terceira dimensão:

Os direitos sexuais e reprodutivos se enquadram na terceira geração de direitos, referentes aos valores de solidariedade, e essa nova concepção de direitos reconhece por fim, a dimensão da sexualidade na vida humana, expressa por diferentes orientações sexuais, e vivida plenamente separada dos aspectos reprodutivos. (LUCENA, 2008, p. 54)

No âmbito internacional, estes direitos começaram a ser discutidos na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, a qual o Brasil ratificou apenas em 1984, devido a reivindicação do movimento de mulheres (PIOVESAN, 2002).

O referido documento internacional menciona em seu artigo 12 a questão do planejamento familiar:

Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar.

Byrnes (1989, p.1 apud PIOVENSAN, 2002, p. 7) explica que a Convenção incorpora:

[...] uma preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob o controle delas próprias, e que o Estado deve assegurar que as escolhas das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam a elas prejudiciais, no que se refere ao acesso às oportunidades sociais e econômicas.

Portanto, devido à Convenção, em relação aos Direitos Reprodutivos, os Estados devem ter um duplo papel: negativo e positivo. Negativo no que diz respeito a legislações repressivas/punitivas às mulheres, as quais devem ser eliminadas, e ainda no âmbito da autonomia do indivíduo, devendo ser respeitada a liberdade de escolha da mulher. Por sua vez, o papel positivo deverá ser o de promoção de acesso aos serviços de saúde e planejamento familiar (PIOVESAN, 2002).

No entanto, não é surpresa que a Convenção tenha pouca efetividade na prática, pois não prevê mecanismos concretos:

A Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher se restringe a conter a sistemática dos relatórios, não prevendo, a exemplo das mencionadas convenções, a sistemática de petição individual ou comunicação inter-estatal, nem tampouco sistemática que permita a investigação "in loco". (PIOVESAN, 2002, p. 8)

Apesar de em 1999 ter sido adotado o Protocolo Facultativo à Convenção, que institui o mecanismo de petição, que permite a denúncia ao Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher quando algum direito previsto do documento é violado, bem como a possibilidade de investigação por parte do Comitê, o Brasil não aderiu o protocolo (PIOVESAN, 2002).

Em 1994 também foi redigido outro importante documento sobre a proteção das mulheres, de âmbito regional: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Belém do Pará – 1994), que foi ratificada pelo Brasil em 1996. A sua importância decorre do conceito de violência descrito logo no artigo primeiro:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. (BRASIL, 1996)

Ou seja, a Convenção reconhece que o Estado também pratica e perpetua a violência contra a mulher, conforme explicado em seu artigo segundo: "Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: [...] c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. ". (BRASIL, 1996)

Porém, no que diz respeito ao aborto, o mais importante documento internacional foi redigido em Cairo, em 1994, na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, que, em síntese:

aprova a recomendação internacional de que os países revejam as legislações punitivas em relação ao aborto, bem como garanta, em todos os casos, acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade. Importante destacar que este documento expressa que, em nenhuma circunstância, o aborto pode ser tomado como um método de planejamento familiar, cuja responsabilidade é do Estado, que deverá promover a ampliação e a melhoria dos serviços de saúde (LUCENO, 2008, p. 48):

Na Declaração e a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher, em 1995, em Beijing, os compromissos assumidos na Conferência de Cairo foram reiterados, tendo o Estado Brasileiro assumido o compromisso de adotar os princípios gerais do Direito Internacional, de forma a subsidiar a interpretação do direito brasileiro, de orientar as políticas públicas, reanalisar a legislação e garantir direitos no que se refere aos tema sexual e reprodutivo, o Brasil comprometeu-se, ainda, a rever a legislação que criminaliza o aborto e reconhece-lo como um problema de saúde pública. (LUCENA, 2008).

Contudo, desde então já se passaram vinte e um anos e o aborto continua sendo tratado no âmbito penal sob a égide de uma legislação da década de 40 do século passado, distante de respeitar a autonomia e a vida das mulheres.

#### 4. O ACESSO AO ABORTO COMO UM DIREITO HUMANO

Em vista dos números de mortes em decorrência de abortos ilegais, mencionados no primeiro subtítulo não é novidade que o Brasil seja classificado como um Estado violador dos Direitos das Mulheres a partir momento que se abstém diante dos números alarmantes e criminaliza as mulheres.

A luta pelo reconhecimento do aborto como um Direito no Brasil não é uma pauta nova. A partir da década de 1970, quando os movimentos sociais lutavam contra a ditadura militar, o movimento feminista começou a ganhar força:

A dura fase de repressão política, iniciada em 1964, foi um período de enorme conscientização a respeito da situação da mulher na sociedade brasileira. As mulheres mais politizadas começaram a se organizar, ansiosas por protagonizarem algum tipo de resistência à ditadura militar. Muitas vieram de partidos clandestinos, outras vieram de movimentos apoiados pela ala mais progressista da Igreja Católica, e eram trabalhadoras sindicalizadas, artistas, intelectuais, estudantes, profissionais liberais, de diferentes idades e origens políticas, sociais e religiosas. As mulheres começaram a despontar como militantes ativas, na luta contra o governo militar que abalou o cenário político com a promulgação do Ato Institucional número 5 (AI 5), em dezembro de 1969 (GOLDENBERG e TOSCANO, 1992, p. 34).

As mulheres não demoraram a entrar em cena e enfrentar o regime autoritário, enquanto algumas saíram à procura dos filhos, maridos e amigos presos ou desaparecidos políticos, outras se juntaram às organizações clandestinas e guerrilhas armadas, dispostas a lutar por liberdade (TELES, 1999). A luta, no entanto, não ficou restrita aos estudantes e intelectuais, as mulheres pobres também demonstraram seu descontentamento com o sistema vigente à época:

[...] mulheres das camadas populares, pois, em face das diversas dificuldades enfrentadas, sobretudo com o aumento dos preços de gêneros alimentícios e bens de primeira necessidade, estas passaram a se mobilizar e a reclamar, publicamente, contra o custo de vida, a falta de escolas, os baixos salários, a ausência de creches, a desnutrição infantil, dentre outras demandas. (SILVA, 2011, p. 126)

Todavia, a luta das mulheres não era apenas contra a ditadura civil-militar. Conforme explica Basterd (1991, p. 104), questões antes ignoradas pela esquerda começaram a ganhar força com o surgimento dos novos movimentos sociais:

Dessa forma, como uma espécie de reação não armada à extrema repressão política, o feminismo, assim como outros movimentos sociais, surge e se fortalece, no período autoritário, trazendo novas

demandas sociais e questionando as relações de sexo e raça, dentre outras, que, até então, estavam ofuscadas e englobadas na questão das classes sociais.

Desde então, o movimento feminista esteve na vanguarda na luta por mudança e, principalmente, pelo reconhecimento de direitos:

A partir da década de 1980, o aborto ganha destaque na luta feminista por emancipação e por mudanças jurídicas na legalização do aborto. Autonomia e liberdade são os princípios norteadores de princípios que levem em conta o desejo frente à necessidade de interrupção voluntária da gravidez. (LUCENA, 2008, p. 57)

Apesar das incontáveis conquistas do movimento das mulheres, o aborto continua sendo considerado crime no Brasil, e a consequência disso, é a diminuição da autonomia da mulher, o que é essencial para a manutenção do sistema patriarcal:

A criminalização do aborto é um dos pilares da manutenção da desigualdade entre os gêneros e, portanto fortemente resguardada pelo sistema de dominação, amparado pelo sistema médico, legal e religioso. O *status* (i)legal da interrupção voluntária da gestação afeta diretamente a saúde e a dignidade das mulheres. Esta complexidade de fatores incide negativamente para as formas de violência institucional no campo jurídico e na área da saúde, e são desafios para a efetivação dos direitos humanos das mulheres. A permanência da criminalização do aborto revela como o corpo sexuado feminino é ainda a principal arena política para as mulheres; corpo demarcado por costumes, valores, tradições e interdições (LUCENA, 2008. p. 14 – 13)

O corpo feminino é utilizado e demarcado pelo sistema patriarcal, a fim de buscar a submissão feminina:

O sistema patriarcal no decorrer de sua história buscou de todas as formas construir ideologias para obter o controle psico-político do corpo biológico da mulher, através da construção de alguns tabus principais: da menstruação, do cinto de castidade, da mutilação dos órgãos genitais feminino, do homicídio feminino etc (SANTOS, 2006, p. 66).

Assim, o interesse pela criminalização do aborto por parte dos conservadores se dá devido a manutenção do *status quo*:



Em termos de acesso a cidadania e da percepção das mulheres como sujeito, o aborto se configura como uma questão emblemática, porque se mescla com desigualdades produzidas e retro alimentadas por uma sociedade patriarcal e pouco afeita à produção de novos direitos ou questionamentos que promovam mudanças e equidade (LUCENA, 2008, p. 58).

Portanto, a partir do momento em que a liberdade da mulher é cerceada, sua capacidade de escolha passa a ser relativizada: “Impor a qualquer mulher, mesmo seguidora de um credo religioso, uma norma que restringe sua liberdade é impedi-la de exercer sua capacidade moral de julgamento e decisão. É negar-lhe sua humanidade.” (ROSADO-NUNES, 2006, p. 28).

Quando o acesso ao aborto seguro é tolhido de uma mulher e ela se vê diante de uma maternidade compulsória, é também retirado o direito de planejar sua vida, carreira, família etc.

As mulheres precisam da liberdade de tomar decisões relativas à reprodução não apenas para reivindicar o direito de serem deixadas em paz, mas sim, na maior parte das vezes, para fortalecer os laços que as unem aos demais: para planejar responsabilmente uma família cujo sustento possam prover, para dar conta de seus compromissos profissionais assumidos com o mundo exterior, ou para continuar a sustentar suas famílias ou comunidades. Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de pôr fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham. Seja qual for a razão, a decisão de abortar é quase invariavelmente tomada no contexto de uma rede de responsabilidades e compromissos interligados, conflitantes e, em geral, irreconciliáveis. (WEST, 1990, apud DWORKIN, 2003, p. 80).

Os argumentos utilizados pela manutenção da criminalização do aborto não levam em consideração a falta de apoio, estrutural e emocional, que o estado e a sociedade dão às mulheres e seus filhos. A falta de vagas em creches públicas impede que muitas mulheres retornem ao trabalho ou aos estudos, cabendo a elas a responsabilidade de ficar em casa para cuidar dos filhos e depender financeiramente de terceiros.

Em uma sociedade melhor, que amparasse a criação dos filhos com o mesmo entusiasmo com que desestimula o aborto, é bem possível que o status do feto passasse por modificações, tornando mais verdadeiro e menos problemático o sentimento das mães de que a gravidez e a maternidade são processos criativos, e fazendo-as perceber que o valor intrínseco de suas próprias vidas não está sujeito a tantas ameaças (DWORKIN, 2003, p. 79).

Estes argumentos contrários ao aborto têm valores apenas religiosos e morais:

Hoje, a proibição moral e legal à interrupção da gravidez não desejada pela mulher não encontra motivos razoáveis ou racionais, de ordem pública, que a justifiquem. Ao contrário, ela representa um verdadeiro tabu, pois não é racional nem razoável valorizar mais a vida do feto – vida humana em formação – do que a vida da mulher – ser humano pleno. Representa a tácita sub-valorização da mulher (PIMENTEL, 2006, p. 7).

Ocorre que a liberdade de culto é um direito individual, não devendo a religião ser utilizada para fundamentar políticas públicas:

Quanto à insistência em calçar os argumentos sob a perspectiva religiosa, é preciso lembrar que a liberdade de culto é parte constitutiva deste Estado e está garantida na Constituição Federal desde 1946, por iniciativa da bancada comunista, da qual o saudoso escritor Jorge Amado era membro. O exercício individual da religiosidade é uma característica da democracia. Mas também é uma grande conquista democrática a separação entre Estado e Igreja, o Estado laico (FEGHALI, 2006, p. 214).

Contudo, apesar de constitucionalmente o Brasil declarar-se um estado laico, as religiões, principalmente as cristãs, continuam exercendo forte influência sobre o Estado, e por consequência, exercendo seu controle social e moral sobre as mulheres:

A partir do momento em que Estado e Igreja separam-se, cada qual com funções diferenciadas e formas de controle social próprias, torna-se incabível que as leis civis sejam regidas por parâmetros religiosos. Ou seja, nesta nova configuração, a defesa de justificações seculares no direito penal não mais admitiria a condenação ao aborto em razão deste ser *um pecado que insulta e frustra o poder criador de Deus* (LAPA, 2008, p. 50 – 51).

Por séculos, a Igreja Católica defendeu a tese de Aristóteles que o feto teria alma após quarenta dias da fecundação. O aborto não era considerado pecado, sua prática era aceitável, pois o procedimento era uma forma de ocultar infidelidades conjugais. À época o casamento monogâmico era o mais importante fundamento da Igreja, que o defendia não apenas por questões morais, mas também por motivos econômicos, preocupação com a propriedade legítima do herdeiro. Contudo, no século XIX a Igreja passou a condenar o aborto, alegando que desde a concepção o feto já tem alma, sendo a sua prática motivo de excomunhão (LAPA, 2008).

Atualmente, a Igreja está mudando os fundamentos de seu argumento, buscando afastá-lo da fé cristã, afirmando que há uma moral, independente de religião, que deve respeitar a dignidade de todos os seres humanos desde a fecundação:

Mas há um mínimo consenso que se articula à volta da defesa da dignidade humana — na qual se inclui o direito à vida e também do ser que já foi concebido mas que ainda não nasceu —, que é absolutamente irrenunciável, pois, de contrário, nem a sociedade nem o Estado teriam razão para existir. Este mínimo não é patrimônio exclusivo da Igreja Católica, mas de toda a humanidade. (...) Opor-se hoje ao aborto provocado, como em outras épocas à escravatura, não é fanatismo nem tem a ver exclusivamente com as convicções religiosas, católicas ou não, mas é uma obrigação indeclinável para todos os que crêem no direito à vida e na dignidade do ser humano. (COMITÊ EPISCOPAL DA ESPANHA PARA A DEFESA DA VIDA, 1993, p. 48 apud LAPA, 2008, p. 52)

No entanto, apesar da linha argumentativa da Igreja estar mudando, a resistência dos setores religiosos e conservadores à aceitação da liberação do aborto, mesmo nos casos que existe risco à saúde da mulher, revela o não reconhecimento da mulher como um sujeito de direitos, que também deve ter sua dignidade respeitada (PIMENTEL, 2006).

Esta sub-valorização ocorre, devido à crença religiosa e patriarcal de que a principal função feminina é a reprodução, assim, a mulher é o meio e o feto fim, e a vida do último é valorizada em detrimento da vida feminina.

A partir do momento que a mulher não é reconhecida como um sujeito de direitos: “[...] uma parte importante da sociedade humana tem uma dificuldade acrescida para exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais de que é titular, em função da situação de injustiça a que está submetida.” (ALMEIDA, 2014, p. 12).

Assim, para que seja reconhecido o direito ao aborto, é necessário antes que a mulher tenha seus direitos básicos respeitados, e conseqüentemente sua dignidade reconhecida e respeitada. E ter a dignidade respeitada, conforme define Boff:

É ser tratado sempre humanamente. E principalmente é poder participar da construção do bem comum. Fomos criados criadores. Se não pudermos criar somos privados de algo essencial de nossa vida. E a criação e a participação exigem a liberdade. Ser livre das necessidades vitais, da fome, da sede, da falta de moradia, de saúde, de educação e de segurança para ser livre para os outros, para a criação, para a plasmação de seu próprio destino, tudo isso é viver com dignidade (2006, p. 18 – 19).

O Ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2016), em seu voto no Habeas Corpus n. 124.306, também defendeu que: “dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia”.

É importante destacar que o movimento feminista não nega em seus argumentos que o feto pode e deve ter seus direitos respeitados – alimento gravídicos, por exemplo, estabelecidos na Lei 11.804/2008. No entanto, quando estes direitos entram em conflito com a dignidade da gestante, a palavra da mulher deverá prevalecer:

[...] os argumentos e os estudos feministas têm por base não apenas a negação de que o feto é uma pessoa, ou a afirmação de que o aborto é permissível ainda que o feto o seja, mas que se baseia igualmente em preocupações positivas que reconhecem o valor intrínseco da vida humana. (DWORKIN, 2003, p. 70)

Portanto, a mulher só será reconhecida como sujeito de direitos, quando sua liberdade de escolha e a sua vida forem plenamente respeitadas, isto é, sua autonomia, segundo defendeu o Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto do Habeas Corpus já exposto

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BRASIL, 2016).

A luta do movimento feminista ao longo dos anos pelo direito ao aborto é uma busca identitária: “O valor da autonomia reside na associação com o valor identidade, para resgatar o poder da escolha do caminho feminino dentro do tecido societário patriarcal”. (SOUZA, 2006, p. 187)

Contudo, para que a mulher possa exercer sua autonomia e liberdade, faz-se necessários que lhe sejam dados os meios para tanto, visto a sociedade patriarcal em que as mulheres estão inseridas:

[...] a liberdade pretendida pelas feministas no campo reprodutivo se encaixa no sentido dado por Chauí (1985), para quem liberdade é, em primeiro lugar, a participação na construção das condições nas quais as pessoas vão fazer suas escolhas e não como sendo a possibilidade de escolher frente ao que os outros oferecem. Neste sentido, para existir a liberdade é necessária a construção de condições objetivas e subjetivas. Desfazer o lugar do corpo (anatomia) como destino, desconstruir a heteronomia em que estiveram (e continuam) mergulhados os corpos femininos são os fundamentos de uma concepção renovada de cidadania, que incorpora as vivências da sexualidade e da reprodução e, por esse caminho, abre campo para que seja superado o ‘desposseimento de si’ experimentado pelas mulheres nessas duas esferas.

O corpo das mulheres não pode ser tomado como um lugar de definição do seu “destino”, mas justamente ao contrário; a sua integridade corporal e o reconhecimento do direito sobre seu próprio corpo como dimensão fundamental da sua cidadania abrem o caminho para vivenciar as diferenças que existem entre os vários aspectos de ser mulher e também de ser homem, sobre os quais esses direitos também devem ser estendidos. (ÁVILA, 2002, p. 177).

O acesso ao aborto é, então, uma extensão do Direito à vida, igualdade e liberdade – direitos reconhecidos como humanos. O direito ao aborto não é um fim em si mesmo, mas sim uma forma de efetivação dos direitos humanos das mulheres.

Além de descriminalizar o aborto e reconhecê-lo como um direito individual, é necessário que o Estado garanta o acesso seguro e gratuito para todas as mulheres. A descriminalização sem a regulamentação pelo Estado, não é o suficiente, pois assim, a

dignidade continuará sendo assegurada apenas para as mulheres que poderão arcar com os custos do procedimento.

Portanto, para que se alcance uma sociedade materialmente igual, é preciso que antes, a mulheres sejam reconhecidas como humanos, como sujeito de direitos que têm capacidade e autonomia para decidir sobre seu corpo e vida. E este reconhecimento deve ser assegurado a todas mulheres, por meio da atuação estatal, que deverá ter um papel negativo, de não proibição do aborto, e positivo, de oferecer educação sexual, informação, acesso à contraceptivos e, quando estes falharem e não forem suficientes para evitar uma gravidez indesejada, assegurar o acesso ao aborto seguro e gratuito.

## 5. CONCLUSÃO

O direito ao acesso ao aborto pode ser considerado um ponto de encontro entre as mais diversas teorias feministas, seja liberal, radical, marxista ou pós-modernas.

O que todas elas têm em comum é que a criminalização do aborto mata mulheres todos os dias no mundo, principalmente mulheres pobres.

Neste sentido, tendo em vista tratar-se de um debate pacífico entre os movimentos de mulheres e uma reivindicação antiga das feministas brasileiras, mas que, no entanto, encontra-se estagnado e regido pelo Código Penal de 1940.

Mesmo após tantas mudanças no país, inclusive com a elaboração de uma nova Constituição, que trouxe inúmeras mudanças na legislação e avanços sociais, o direito das mulheres ao aborto seguro continuou sob a vigência da lei criminal.

A criminalização do aborto no Brasil dificulta o acesso ao aborto seguro. Assim, o acesso ao procedimento seguro, ainda que ilegal, é restrito a uma parcela da sociedade, devido ao seu custo.

Deste modo, as mulheres pobres recorrem a práticas baratas e consideradas de risco pela medicina, que por consequência, colocam em risco a saúde e a vida, levando milhares de mulheres a internações e à morte.

Ocorre que, as vítimas de abortos clandestinos, como se viu, são, geralmente, mulheres negras, a população mais pobre do Brasil, o que torna o aborto não apenas um problema de saúde pública, mas também um de raça e classe, que deve ser defendido pelos partidos de esquerda.

A partir destes dados, o trabalho caminhou para a conceituação do aborto como um direito humano. Na verdade, demonstrou-se que no âmbito do direito internacional, já se pode considerar o acesso ao aborto seguro como uma extensão dos direitos reprodutivos,

uma vez que já existem documentos que asseguram que cabe à mulher o planejamento familiar, cabendo ao estado garantir os meios para que ela faça suas escolhas.

Entretanto, o Brasil, devido a intensa influência das religiões no Estado, está longe de pensar assim. A criminalização do aborto é essencial para o patriarcado exercer o controle sobre corpo feminino, tratando as mulheres como seres incapazes de fazer escolhas. Ocorre uma sub-valorização do corpo feminino, na qual acredita ser a sua única função é a reprodução, portanto, o feto merece mais proteção do a mulher.

Ainda que esta gravidez interrompa os planos de estudo e trabalho desta mulher, ainda que ela precise ficar dependente economicamente de terceiros para criar o filho. Assim, ainda que a mulher tenha planejado sua vida de outra forma, seu destino, será a maternidade, não levando em conta sua individualidade.

Neste sentido, o direito ao aborto é uma extensão do direito à liberdade, direito de a mulher planejar a sua vida, sem que para isso, precise se submeter a procedimentos insalubres, que ferem seu direito à saúde a à vida.

Deste modo, a mulher só terá sua dignidade reconhecida e será considerada um sujeito de direito capaz de fazer suas escolhas, quando o acesso ao aborto seguro e gratuito for garantido para todas a mulheres.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria do Socorro Santos. **Os Direitos das Mulheres na Construção nos Marcos Legais do Aborto no Brasil nos anos 2000**. João Pessoa: UFPB, 2015. 114 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.

ALMEIDA, Maria Teresa Féria de. **Se as Mulheres fossem Seres Humanos....** Estoril, 2014. Disponível em: <[http://www.apmj.pt/images/documentos/pdfteoriafeminista/Se as Mulheres fossem Seres Humanos....pdf](http://www.apmj.pt/images/documentos/pdfteoriafeminista/Se%20as%20Mulheres%20fossem%20Seres%20Humanos....pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2017.

ÁVILA, Maria Betânia. Reflexões sobre Direitos Reprodutivos. CLADEM. Derechos Sexuales. Derechos Reprodutivos. Derechos Humanos. Lima: CLADEM, 2002.

\_\_\_\_\_, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, p.465-468, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0102-311X2003000800027&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-311X2003000800027&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BANKOLE, Akinrinola; SINGH, Susheela; HAAS, Taylor. **Características de Mulheres que Obtêm Aborto Induzido: Uma Revisão a Nível Mundial.** Perspectivas Internacionais de Planejamento Familiar, 2001. Disponível em:

<<https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/journals/2701001p.pdf>>.

Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 1940. **Código Penal.** Brasília, 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:

24 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.973, de 01 de agosto de 1996. **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar A Violência Contra A Mulher.** Brasília, Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>>. Acesso em:

02 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça.** 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. 39 p.

Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em: 24 set.

2016.

\_\_\_\_\_. Portal. **Planejamento familiar.** 2011. Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em: 01 out.

2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, . Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso

em: 30 jan. 2017.

CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos.** São Paulo: Católicas Pelo Direito de Decidir, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais.** São Paul: Martins Fontes, 2003.

GOLDENBERG, Mirian e TOSCANO, Moema. **A revolução das mulheres.** Um balanço do feminismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros.** São Paulo: Instituto Para A Promoção da Equidade, 2008.



LUCENA, Rosana Batista de. **Aborto, direitos humanos e desigualdade de gênero no Brasil**. João Pessoa: UFPB, 2008. 156 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes**. 3 ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2012. Disponível em:  
<[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Tratado Internacional de 1979. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. Disponível em:  
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 02 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**. In: Samantha Buglione. (Org.). Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça. 1ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Editor, 2002, v. 1, p. 61-80.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê: Aborto Inseguro – Panorama do aborto no Brasil**, Rede Feminista de Saúde, 2004.

RISI, Erica Erthal. **A Magnitude do Aborto no Brasil: Tendências e Estimativas entre 2000 e 2010**. IBGE, 2012. 181 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais, Escola Nacional de Ciências Estatísticas Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em:  
<[http://www.ence.ibge.gov.br/images/ence/doc/mestrado/dissertacoes/2012/Dissertacao\\_2012\\_Erica\\_Erthal\\_Risi.pdf](http://www.ence.ibge.gov.br/images/ence/doc/mestrado/dissertacoes/2012/Dissertacao_2012_Erica_Erthal_Risi.pdf)>. Acesso em: 01 out. 2016.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve História do Feminismo No Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: Unfpa, 2009.

## **POSSIBILIDADE DE A DEFENSORIA PÚBLICA DE SERGIPE RECEBER HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FACE DO ESTADO DE SERGIPE**

**NATHALIE CELESTINO RIBEIRO DE OLIVEIRA:**

Pós-graduada no curso de Direito de Família e das Sucessões da rede de ensino LFG/Anhanguera. Advogada.

**RESUMO:** A Defensoria Pública tem a missão de prestar o serviço de assistência jurídica, de forma integral e gratuita, aos necessitados. O presente trabalho buscará analisar a possibilidade de a Defensoria Pública de Sergipe receber honorários advocatícios em face do Estado de Sergipe, expondo a divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, bem como as legislações nacional e estadual. Para tanto, serão apresentadas as noções conceituais sobre a instituição, a evolução do acesso à assistência jurídica, os modelos de prestação de assistência judiciária e jurídica, por fim, será feita uma análise sobre os entendimentos do STF e STJ, bem como da leis nacional e estadual.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Acesso à Justiça. Autonomia. Honorários Advocatícios.

**RESUMEN:** La Defensoría Pública lleva la misión de prestar el servicio de asistencia jurídica, de forma integral y gratuita, a los necesitados. El presente trabajo buscará analizar la posibilidad de la Defensoría Pública de Sergipe recibir honorarios de abogados enfrente del Estado de Sergipe, exponiendo la divergencia entre el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal, así como las legislaciones nacional y estadual. Para tal fin, serán presentadas las nociones conceptuales sobre la institución, la evolución del acceso a la asistencia jurídica, los modelos de prestación de asistencia judicial y jurídica, por fin, se hará un análisis sobre los entendimientos del STF y STJ, así como de las leyes nacional y estadual.

**Palabras clave:** Defensoría Pública. Acceso a la Justicia. Autonomía. Honorarios de abogados.

### **INTRODUÇÃO**

A Defensoria Pública tem a função de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme estabelecido na Constituição Federal.

Os modelos de prestação de assistência jurídica e gratuita são o *pro bono*, o *judicare*, o *salaried staff* ou público e o misto.

No *pro bono*, a prestação de assistência gratuita é feita por profissionais liberais como advogados, à título caritativo, ou seja, não há nenhuma espécie de contraprestação. No modelo *judicare*, a assistência é custeada pelo Estado, mas sua prestação é realizada

por advogados particulares. Já o modelo *salaried staff* ou público, compete ao Estado a instituição de um órgão que exercerá de forma exclusiva o *múnus* de promover a assistência jurídica à população necessitada. Esse é o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. O modelo misto reúne os modelos anteriores, havendo tanto a estruturação de um órgão de carreira pública como o pagamento de advogados para atuarem em determinadas causas, conhecidos como advogados dativos.

Um dos pontos mais relevantes da normativa constitucional da Defensoria Pública se refere à autonomia da instituição, no sentido de que ela pode atuar seja a nível administrativo, funcional e orçamentário, sem ingerências externas, ou seja, a concretização da instituição como um órgão autônomo e independente.

A EC 45/04 garantiu autonomia para as Defensorias Públicas estaduais, a EC 69/12 assegurou autonomia para a Defensoria Pública do Distrito Federal e a EC 74/13 garantiu para a União. Nesse viés, discute-se acerca da possibilidade de a Defensoria Pública receber honorários advocatícios em face do ente federativo ao qual pertença, sendo que o STF e o STJ possuem entendimentos divergentes e a Lei Estadual de Sergipe destoava do regramento nacional.

Dessa forma, diante da importância desse tema, o objeto de estudo do presente trabalho se centrará na divergência entre os Tribunais Superiores e no regramento das leis nacional e estadual.

Para a realização de tal análise, em um primeiro momento, serão apresentadas as noções conceituais da instituição, a evolução do acesso à prestação jurídica e os modelos de prestação de assistência judiciária e jurídica. Depois, em um segundo momento, serão analisados os entendimentos apresentados pelas Cortes Superiores. Por fim, serão abordados o regramento da Lei Nacional e Estadual, realizando-se uma crítica pelo de fato de o dispositivo estadual ferir a autonomia da Defensoria Pública assegurada constitucionalmente.

Para alcançar o estudo proposto será utilizado o método dedutivo, realizando uma abordagem qualitativa, e utilizando-se de fontes como livros doutrinários, artigos científicos e jurisprudência.

## **1 A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Segundo a Constituição Federal, a Defensoria Pública é uma instituição que tem a missão de prestar o serviço de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.

Os mestres Diogo Esteves e Franklyn Roger (2018, p. 51) discorrem sobre a evolução da assistência jurídica e judiciária no Brasil que remonta às Ordenações Filipinas, em 1595, em que não havia uma disposição expressa acerca da gratuidade de justiça, mas previam o direito à isenção de custas para a impetração de agravo e livravam os presos pobres do pagamento dos feitos em fossem condenados. Os referidos autores comentam:

(...) No Brasil, a gratuidade de justiça e a assistência jurídica gratuita têm suas origens mais remotas fincadas nas Ordenações Filipinas, sancionadas em 1595 durante o domínio castelhano de Filipe P. A matéria era regulada de forma secundária e assumia a condição de beneplácito régio dirigido aos miseráveis e às vítimas de pobreza extrema, como decorrência da influência vertida pelas tradições canônicas. Embora não tratasse da questão da gratuidade de justiça de maneira sistemática, as ordenações previam o direito à isenção de custas para a impetração de agravo (Livro III, Título LXXXIV, Parágrafo 10)<sup>3</sup> e livravam os presos pobres do pagamento dos feitos em que fossem condenados (Livro I, Título XXIV, Parágrafo 43)

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar da matéria, ao instituir a obrigatoriedade da União e aos Estados conceder assistência judiciária aos necessitados, bem como a criação de órgãos especiais, assegurando a isenção de emolumentos, custas e taxas.

A Constituição de 1937 foi omissa em relação ao tema. A de 1967 retirou a obrigatoriedade do Poder Público em assegurar assistência judiciária, estabelecendo tão somente que essa assistência deveria ser concedida na forma da lei.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo público, no sentido de que cabe ao Estado garantir a prestação de assistência jurídica aos necessitados por meio da Defensoria Pública, uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

Vale destacar a distinção entre os conceitos de gratuidade de justiça, assistência judiciária e assistência jurídica.

A gratuidade de justiça consiste na dispensa provisória do pagamento de custas e emolumentos para os hipossuficientes, ocorrendo dentro e fora do processo. É o que dispõe o artigo 98 do Código de Processo Civil:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas

processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. (CPC, 2015).

Já a assistência judiciária consiste na possibilidade de representação endoprocessual de pessoas hipossuficientes dentro do processo. E a assistência jurídica se refere à possibilidade de representação endo e extraprocessual de pessoas hipossuficientes, sendo realizada em processos administrativos, conciliação e mediação, acordos extrajudiciais e em processos judiciais.

## **2 MODELOS DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA**

Segundo Caio Paiva e Tiago Fensterseifer (2019, p.40), há muitos modelos de prestação de assistência jurídica e gratuita, sendo os mais conhecidos o *pro bono*, o *judicare*, o *salaried staff* ou público e o misto.

No *pro bono*, a prestação de assistência gratuita é feita por profissionais liberais como advogados, à título caritativo, ou seja, não há nenhuma espécie de contraprestação.

No modelo *judicare*, a assistência é custeada pelo Estado, mas sua prestação é realizada por advogados particulares.

Caio Paiva e Tiago Fensterseifer (2019, p.40) comentam que “costuma-se apontar como vantagem desse modelo a possibilidade de a pessoa necessitada escolher o advogado particular que irá patrocinar a sua causa, garantindo-se um vínculo de confiança que supostamente inexistiria na indicação compulsória do profissional pelo Estado”.

Já o modelo *salaried staff* ou público, compete ao Estado a instituição de um órgão que exercerá de forma exclusiva o *múnus* de promover a assistência jurídica à população necessitada. Esse é o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 134 da Constituição Federal, exercido pela Defensoria Pública. Os mencionados autores comentam (2019, p. 40):

O *salaried staff model* pode ser considerado como o modelo oposto ao *judicare*, e isso porque nele os advogados integram uma carreira pública (não são profissionais liberais), recebem uma remuneração fixa independentemente da quantidade de casos que assumem (o pagamento não é feito, portanto, para cada caso concreto) e são designados para atuar com base em critérios objetivos (não há liberdade de escolha para a pessoa necessitada).

Por fim, o modelo misto reúne os modelos anteriores, havendo tanto a estruturação de um órgão de carreira pública como o pagamento de advogados para atuarem em determinadas causas, conhecidos como advogados dativos.

Vale destacar que, no Brasil, vigora um modelo híbrido na prática, pois ainda que a Constituição Federal adote o modelo público, quando não for possível a atuação da Defensoria Pública, poderá haver nomeação de advogados privados custeados pelo Estado, ou seja, nos locais onde não há a presença da Defensoria Pública, vislumbra-se a atuação de advogados dativos.

Nesse ponto, menciona-se que o Supremo Tribunal Federal declarou ser inconstitucional que o serviço de “assistência jurídica gratuita” será feito primordialmente por advogados dativos e não pela Defensoria Pública.

Vejamos a ementa do caso:

É inconstitucional lei estadual que preveja que o serviço de “assistência jurídica gratuita” será feito primordialmente por advogados dativos e não pela Defensoria Pública. É possível a realização de convênio com a OAB para que esta desenvolva serviço de assistência jurídica gratuita por meio de defensoria dativa, desde que como forma de suplementar a Defensoria Pública ou de suprir eventuais carências desta. STF. Plenário. ADI 3892/SC, ADI 4270/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 14/3/2012 (Info 658).

### **3 POSSIBILIDADE DE A DEFENSORIA PÚBLICA RECEBER HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FACE DO ÓRGÃO PÚBLICO AO QUAL PERTENÇA**

#### **3.1 – DEFENSORIA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O artigo 134 da Constituição Federal, com a redação atual dada pela EC 80/2014, assim dispõe:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Constituição Federal, 1988).

A Constituição Federal consagrou a missão da Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos, como um instrumento do regime democrático e a defesa dos direitos dos necessitados, não só à nível econômico, mas organizacional, os chamados “hipervulneráveis”, conforme foi entendido pelo Superior Tribunal de Justiça:

A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores idosos que tiveram plano de saúde reajustado em razão da mudança de faixa etária, ainda que os titulares não sejam carentes de recursos econômicos. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos. Entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos. A expressão “necessitados” prevista no art. 134, caput, da CF/88, que qualifica e orienta a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo. Assim, a Defensoria pode atuar tanto em favor dos carentes de recursos financeiros como também em prol do necessitado organizacional (que são os ‘hipervulneráveis’). (STJ. Corte Especial. EREsp 1.192.577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015 – Info 57.

Além disso, a instituição contribuiu para o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna. Caio Paiva e Tiago Fensterseifer (2019, p.49) comentam sobre o tema:

Esse foi o “espírito” que norteou a criação da Defensoria Pública brasileira na CF/88, de modo a garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos e grupos sociais necessitados (ou vulneráveis) em condições de igualdade material e fática, a fim de promover a superação dos óbices, sobretudo de natureza socioeconômica, que se opõem à efetividade dos seus direitos e ao desfrute de uma vida digna. A Defensoria Pública, portanto, é expressão desse novo paradigma jurídico social ou mesmo de um constitucionalismo social estabelecido pela CF/88.

Um dos pontos mais relevantes da normativa constitucional da Defensoria Pública se refere à autonomia da instituição, no sentido de que ela pode atuar seja a nível administrativo, funcional e orçamentário, sem ingerências externas, ou seja, a concretização da instituição como um órgão autônomo e independente.

A EC 45/04 garantiu autonomia para as Defensorias Públicas estaduais, a EC 69/12 assegurou autonomia para a Defensoria Pública do Distrito Federal e a EC 74/13 garantiu para a União. Caio Paiva e Tiago Fensterseifer (2019, p. 54 e 55) dissertam sobre o assunto:

A autonomia atribuída à Defensoria Pública – a exemplo do que já vinha ocorrido com o Ministério Público desde 1988, por força do art. 127, § 2º da CF/88 – estabelece um realinhamento do Estado brasileiro do ponto de vista político-organizacional, na medida em que cria duas instituições públicas singulares no âmbito do nosso sistema de justiça e, de modo inovador, dissociadas do *guarda-chuva* institucional dos três poderes republicanos (Legislativo, Executivo e Judiciário). A autonomia constitucional assegurada ao Ministério Público desde 1988 e, mais recentemente, à Defensoria Pública, representa, notadamente, o distanciamento de tais instituições do espectro institucional do Poder Executivo, muito embora, no caso da Defensoria Pública, isso ainda não seja sentido com a devida intensidade na prática em alguns Estados e mesmo no âmbito Federal, enfrentando forte resistência política.

Nesse sentido é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, de forma que é inconstitucional qualquer previsão que vincule a Defensoria Pública e seus órgãos à subordinação do Poder Executivo. Senão vejamos:

É inconstitucional, por violar o art. 134, § 2º, da CF/88, lei estadual que traga as seguintes previsões: a) A DPE integra a Administração Direta; b) O Governador do Estado é auxiliado pelo Defensor Geral do Estado; c) O Defensor Público-Geral é equiparado a Secretário de Estado. As Defensorias Públicas gozam de autonomia funcional e administrativa. Por essa razão, qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal. STF. Plenário. ADI 4056/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 7/3/2012 (Info 657). No mesmo sentido, o STF declarou que lei estadual que estabeleça que a Defensoria Pública ficará subordinada ao Governador do Estado é inconstitucional por violar a autonomia da Instituição (art. 134, § 2º da CF/88). STF. Plenário. ADI 3965/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 7/3/2012 (Info 657).

### **3.2 – POSSIBILIDADE DE RECEBER HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**



Nesse contexto, surgiu a discussão sobre a possibilidade de a Defensoria Pública receber honorários advocatícios em face do órgão ao qual pertença, isto é, se uma Defensoria Pública Estadual poderia receber honorários em face do Estado.

A Lei Complementar 80/94 dispõe:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento no sentido de não ser possível:

Súmula 421/STJ: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença

Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública. STJ. 5ª Turma. REsp 1102459-RJ, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), julgado em 22/5/2012 (Info 498).

O fundamento residia numa suposta confusão, visto que se a Fazenda Pública fosse condenada a pagar honorários em favor da Defensoria Pública ela estaria pagando um valor que seria para ela mesma, pois o orçamento é oriundo do ente público.

Vale mencionar que esse entendimento é anterior as emendas constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014 que garantiram a autonomia a Defensoria Pública. Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que a Defensoria Pública pode receber honorários advocatícios mesmo em face da pessoa jurídica à qual pertença:

Após as ECs 45/2004, 74/2013 e 80/2014, passou a ser permitida a condenação do ente federativo em honorários advocatícios em

demandas patrocinadas pela Defensoria Pública, diante de autonomia funcional, administrativa e orçamentária da Instituição.

STF. Plenário. AR 1937 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/06/2017.

Destaca-se que esse entendimento foi esposado em um caso com Defensoria Pública Federal e a União, contudo também é aplicado às Defensorias Públicas Estaduais.

O argumento utilizado no julgado do STF é no sentido de que a o enunciado da Súmula 421 do STJ parte da premissa de que a Defensoria Pública seria um órgão subordinado ao Estado ou à União, sem qualquer autonomia, partindo da ideia de que os recursos da Defensoria seriam verbas do Estado ou da União, como se fosse uma espécie de “Secretaria” ou “Ministério”. Ocorre que as emendas constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014 garantiram autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias, não sendo, portanto, possível falar sobre uma suposta confusão, de modo que a instituição possui orçamento próprio e autonomia para geri-lo. Assim, o Poder Público pode ser condenado a pagar honorários em face da Defensoria Pública, pois os recursos da Instituição não se confundem com o do ente federativo.

### **3.3 – DISTINÇÃO NA DEFENSORIA PÚBLICA DE SERGIPE**

A Lei Complementar Estadual 183/2010 do Estado de Sergipe dispõe que:

Art. 4º São funções institucionais da DPE, além de outras previstas em lei:

XIX – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por entes públicos, exceto o Estado de Sergipe, suas autarquias e fundações, destinando-as a fundos geridos pela DPE e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Instituição e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

Nesse viés, verifica-se que a lei estadual de Sergipe tem um regramento que destoa com a lei nacional e com jurisprudência do STF, no sentido de não ser possível receber os honorários advocatícios em face do Estado de Sergipe, suas autarquias e fundações. Assim, quando a Defensoria Pública de Sergipe litiga em face do Estado de Sergipe, ela não pode executar e receber o honorários advocatícios.

Destaca-se que, ainda que o repasse orçamentário seja repassado pelo Estado de Sergipe, a instituição é autônoma e possui iniciativa para sua proposta orçamentária, ou

seja, embora haja esse resquício na legislação estadual, a Defensoria de Sergipe, de fato, possui autonomia frente ao Poder Executivo, não sendo subordinada e nem sofrendo ingerências externas em suas atuações institucionais seja administrativa, funcional ou orçamentária.

É preciso fazer uma crítica a esse dispositivo estadual, de modo que fere com a autonomia da instituição assegurada constitucionalmente e também que tal lei da Defensoria de Sergipe caminha de forma contrária ao regramento da Lei Nacional e das outras Defensorias Públicas Estaduais.

## CONCLUSÃO

A Defensoria Pública tem a missão de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme estabelecido na Constituição Federal. A evolução do acesso à prestação de assistência jurídica remonta às Ordenações Filipinas, após, com a Constituição de 1934, foi estabelecida a assistência judiciária aos necessitados, bem como a criação de órgãos especiais, assegurando a isenção de emolumentos, custas e taxas. A Constituição de 1937 foi omissa em relação ao tema. A de 1967 retirou a obrigatoriedade do Poder Público em assegurar assistência judiciária, estabelecendo tão somente que essa assistência deveria ser concedida na forma da lei.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo público, no sentido de que cabe ao Estado garantir a prestação de assistência jurídica aos necessitados por meio da Defensoria Pública, uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

Em relação aos modelos de prestação de assistência judiciária e jurídica, há o *pro bono*, o *judicare*, o *salaried staff* ou público e o misto. O modelo público é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 134 da Constituição Federal, exercido pela Defensoria Pública.

Um dos pontos mais relevantes da normativa constitucional da Defensoria Pública se refere à autonomia da instituição, no sentido de que ela pode atuar seja a nível administrativo, funcional e orçamentário, sem ingerências externas, ou seja, a concretização da instituição como um órgão autônomo e independente. A EC 45/04 garantiu autonomia para as Defensorias Públicas estaduais, a EC 69/12 assegurou autonomia para a Defensoria Pública do Distrito Federal e a EC 74/13 garantiu para a União.

Nesse sentido, surgiu a discussão acerca da possibilidade de a Defensoria receber honorários em face do ente federativo ao qual pertença. A LC 80/94 dispõe que é função

institucional executar e receber honorários sucumbenciais inclusive em face de entes públicos. O STJ possui entendimento sumulado no sentido de não ser possível o recebimento de honorários em face da pessoa jurídica à qual pertença. Por outro lado, o STF entende que com autonomia estabelecida constitucionalmente, é possível que a Defensoria receba honorários em face do ente federativo, visto que não há que se falar em confusão tampouco de subordinação.

No entanto, destaca-se que a Lei Estadual de Sergipe não permite que a Defensoria receba honorários em face do Estado de Sergipe, suas autarquias e fundações. Uma previsão que caminha em dissonância com a Lei Nacional e com o entendimento do STF.

É preciso criticar esse dispositivo de modo que é um resquício na legislação estadual e fere a autonomia da instituição assegurada pela Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. 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. 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: 18/06/2022.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 183, de 31 de março de 2010. Dispõe a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de Sergipe – DPE, reestrutura a Carreira de Defensor Público do Estado de Sergipe, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.defensoria.se.def.br/?page\\_id=20279](https://www.defensoria.se.def.br/?page_id=20279) Acesso em: 18/06/2022.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 1995. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 18/06/2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Defensoria Pública e honorários advocatícios.**

Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d96409bf894217686ba124d7356686c9>>. Acesso em: 18/06/2022

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Inconstitucionalidade da defensoria dativa como forma primordial de assistência jurídica gratuita.** Buscador Dizer o Direito, Manaus.

Disponível em:

<<https://buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9188905e74c28e489b44e954ec0b9bca>>. Acesso em: 16/06/2022

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAIVA, Caio. FENSTERSEIFER, Tiago. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora CEI, 2019.

## **LEI DE ANISTIA: TEORIA DO DUPLO CONTROLE E EMBATES JURISPRUDENCIAIS**

**LIZA CRISTINA BARRETO RODRIGUES:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

**RESUMO:** A Lei nº 6.683/79 (“Lei de Anistia”) foi objeto de apreciação tanto nas cortes nacionais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, bem como por instâncias internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O presente trabalho buscará analisar o tratamento recebido por tal diploma a partir das diversas jurisdições, bem como a consideração da Teoria do Duplo Controle na hipótese, a fim de verificar a aplicabilidade da Lei de Anistia à realidade brasileira.

**Palavras-chave:** Direito Internacional dos Direitos Humanos. Anistia. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal. Soberania Nacional. Dignidade da Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** The Law nº 6.683/79 (“Amnesty Law”) was subject to consideration both in national courts, especially the Federal Supreme Court, as well as by international bodies, such as the Inter-American Court of Human Rights. The present work seeks to analyze the treatment received by such a diploma under the analysis of various jurisdictions, as well as the utilization of the Dual Control Theory in the hypothesis, in order to verify the applicability of the Amnesty Law to the Brazilian reality.

**Keywords:** International Law of the Human Rights. Amnesty. Inter-American Court of Human Rights. Supreme Court. National Sovereignty. Human Dignity.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo visa a analisar a problemática envolvendo a Lei nº 6.683/79 (“Lei de Anistia”), considerando que o referido diploma, ao ser apreciado tanto em âmbito nacional, pelo Supremo Tribunal Federal, como em esfera internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, enfrenta decisões contrastantes acerca de sua validade e aceitação.

Para tanto, será feita uma análise de decisões das referidas cortes, no bojo da jurisdição interna, bem como internacional, a fim de verificar qual o tratamento despendido à legislação em comento, bem como se haveria sustentáculo à sua aplicação na realidade brasileira, considerando o paradigma vigente de proteção de direitos humanos e a adesão do Estado Brasileiro a diplomas protetivos em essência.

Na análise, serão consideradas bases teóricas como a Teoria do Duplo Controle, além dos fundamentos da própria Constituição Federal de 1988, de forma a construir um estudo acerca da Lei de Anistia e concluir-se pela sua aplicabilidade ou não à experiência brasileira.

## **2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IN)APLICABILIDADE DA LEI DA ANISTIA NA REALIDADE BRASILEIRA**

A Lei nº 6.683/79 (“Lei de Anistia”) consiste em diploma normativo que alberga um conjunto de medidas implementadas no período de transição de regime e abertura política após o fim da Ditadura Militar (1964-1985). O diploma propiciou a isenção de responsabilidade em relação aos perpetradores de crimes e perseguições no período, já que anistiou todos os envolvidos nos conflitos da época, opositores ou agentes atuando em nome do Estado.

O referido diploma foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal – STF em abril de 2010, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/2008. No referido julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, a Corte entendeu pelo reconhecimento da constitucionalidade da referida lei.

Lastreou o STF sua decisão no argumento principal de que a Lei de Anistia teria resultado de ampla participação e debate social e democrático, de sorte que seria válida e necessária ao retorno ao formato democrático do País.

Por sua vez, no âmbito internacional, a questão acerca da concessão de anistia política foi apreciada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, envolvendo o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.

No âmbito internacional, o Brasil foi condenado por lesões aos direitos de reconhecimento da personalidade jurídica, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento/expressão, e à proteção judicial, dado o desaparecimento forçado de mais de 70 pessoas no referido conflito, durante a ditadura militar.

A Corte IDH reafirmou sua jurisprudência pela incompatibilidade de toda e qualquer anistia de graves violações de direitos humanos frente à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - e não somente a autoanistia/anistia amnésica.

Foram determinadas sanções diversas ao Estado Brasileiro, sobretudo a determinação de investigação e responsabilização penal dos envolvidos; vedação à aplicação pelo Brasil da lei de anistia (ou qualquer excludente similar); determinação de

que os responsáveis fossem julgados pela jurisdição ordinária (e não militar); determinação ao Brasil de encontrar os restos mortais das vítimas (e custear funerais) - a Corte entendeu que o próprio desaparecimento forçado seria de caráter permanente, pois a cada instante passado sem que se encontrem os corpos desaparecidos e se responsabilizem os autores dos delitos, o direito à vida e à integridade física estaria sendo violado; custeio de atendimento psicológico/psiquiátrico; publicação da sentença da Corte; realização de ato público de reconhecimento de responsabilidade; realização de curso permanente sobre direitos humanos nas Forças Armadas; tipificação do delito de desaparecimento forçado; criação de uma Comissão da Verdade; pagamento de indenizações aos atingidos.

Considerando as decisões verificadas nas instâncias referidas, resta clara a divergência no entendimento da Suprema Corte do Estado Brasileiro – o STF, em relação à Corte máxima do sistema interamericano de direitos humanos – Corte IDH.

Surge, diante disso, o questionamento quanto ao cabimento ou a inaplicabilidade de medidas anistiadoras à experiência brasileira. A fim de prosseguir em tal análise, é necessário tecer algumas considerações acerca de elementos fundantes do Estado Brasileiro, bem como de diplomas aos quais a nação aderiu, comprometendo-se a observar e assegurar os direitos basilares dos indivíduos.

Nessa linha, extrai-se do texto expresso da Constituição Federal de 1988, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, protoprincípio consignado no art. 1º, inciso III, da Magna Carta:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana; (...).

A esse respeito, registre-se que a dignidade da pessoa humana reluz enquanto elemento norteador e vetor hermenêutico para toda a confluência de direitos e garantias fundamentais. Pertinente referenciar, nessa temática, as lições de Ingo Sarlet, citado por Dirley da Cunha Júnior, abordando a natureza eminentemente protetiva de tal princípio:

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. (SARLET, apud CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 433).

A importância da dignidade humana não se restringe à esfera nacional, enquanto fio condutor e interpretativo dos direitos fundamentais, mas alcança igualmente a esfera internacional, albergada enquanto vetor dos chamados direitos humanos.

No que tange à conceituação e efetiva apreensão do que seriam direitos humanos, dada a amplitude de seu conceito e a vastidão de suas ramificações, é de extrema valia a definição do doutrinador André de Carvalho Ramos, no que enfatiza que “[...] os direitos humanos são aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens e que não podem ser deles privados, em virtude de seu regime indisponível e *erga omnes*.” (RAMOS, 2016, p. 39b).

Nesse toar, para fins de salvaguardar os referidos direitos na órbita internacional, surge o chamado direito internacional dos direitos humanos, enquanto produto da adesão massiva dos Estados Soberanos aos instrumentos internacionais que resguardam o direito das gentes, de modo a institucionalizar a proteção dos indivíduos.

É imperioso frisar que a tônica da adesão a instrumentos internacionais de proteção de direitos dos seres humanos não perpassa uma lógica de obtenção de vantagens por parte do país aderente, mas ao comprometimento do Estado-Nação com a máxima efetividade dos direitos de seus cidadãos, o que consubstancia a dimensão objetiva dos direitos humanos. A esse respeito, preleciona Carvalho Ramos:

A dimensão objetiva dos direitos humanos implica reconhecer que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. De fato, essa dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de imposição de deveres, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais. Esses deveres geram a criação de procedimentos e também de entes ou organizações capazes de assegurar, na vida prática, os direitos fundamentais da pessoa humana. À dimensão subjetiva dos direitos humanos, soma-se essa dimensão objetiva, assim denominada pela sua característica organizacional e

procedimental, independente de pretensões individuais (RAMOS, 2016, p. 275b).

Uma vez anuindo o Estado, voluntariamente, aos tratados internacionais e à jurisdição internacional correlata, torna-se necessária a existência de mecanismos de controle da efetividade da proteção de direitos e o cumprimento escorreito dos deveres pelo país aderente.

Nesse sentido, dentre os mecanismos de controle possíveis, apresentam relevância singular os meios convencionais de controle, precisamente por decorrerem do texto de Convenções e Tratados efetivamente ratificados pelo Estado-Nação, trazendo consigo inegável pujança.

Precisamente em tal esfera situa-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), instrumento internacional ratificado em 1992, mas cujo reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, somente se deu, diga-se, no ano de 1998.

É importante frisar que o referido diploma normativo conta com *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, o que implica em situá-lo abaixo da Constituição Federal de 1988, contudo, acima da legislação pátria ordinária.

Nesse toar, a relevância e a força cogente de suas disposições não deve ou pode ser inobservada, sob pena de acarretar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado Brasileiro que a ela opte por desobedecer.

O conteúdo do referido Pacto traz em si uma série de disposições referentes aos direitos dos seres humanos tutelados em seu bojo, representando diploma verdadeiramente voltado à salvaguarda de direitos e garantias dos mais basilares, como a integridade pessoal, a vida, liberdade pessoal, dentre outros, como se verifica:

#### ARTIGO 4

##### Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido

cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

#### ARTIGO 5

##### Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

### ARTIGO 7

#### Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Aplicando-se as previsões ora trazidas ao estudo em apreço, verifica-se que o Brasil não pode se imiscuir de considerar as disposições convencionais atinentes aos direitos humanos em suas decisões internas.

Tal lógica aplica-se às considerações a respeito da Lei de Anistia, de forma que o reconhecimento da constitucionalidade de suas disposições finda por afrontar sobremaneira disposições internalizadas pelo Estado Brasileiro.

A esse respeito, assoma o que se entende por controle de convencionalidade, consistente na análise da compatibilidade de normativos e disposições aos regimentos das convenções e tratados ratificados pelo Brasil, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica.

Verifica-se, com isso, que o controle de constitucionalidade, caracterizado pela análise de compatibilidade dos regimentos legais ao texto da Constituição Federal, não é o único parâmetro de controle da validação de diplomas normativos, sendo imperiosa a observância do escorreito controle de convencionalidade.

Acerca do papel imprescindível do controle de constitucionalidade, o qual recai, a nível federal, ao Supremo Tribunal Federal, são pertinentes os apontamentos realizados pelo Ministro Alexandre de Moraes:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito [...] Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais (MORAES, 2017, p. 740).

Todavia, como antecipado, o controle de constitucionalidade não se apresenta como único mecanismo norteador da validação de diplomas, mas, igualmente, merece inafastável observância o controle de convencionalidade, para fins de chancela de diplomas normativos como válidos.

Registre-se, nessa linha, que na oportunidade do julgamento do Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não agiu como uma instância recursal de julgamento suplantando a decisão do STF sobre

a constitucionalidade da Lei de Anistia, uma vez que se limitou a analisar se o Brasil violou as obrigações internacionais aderidas, dentro dos limites do aludido controle de convencionalidade (LIMA, 2011).

Precisamente a partir de tais balizas, desponta a chamada Teoria do Duplo Controle ou Duplo Crivo, a qual apregoa que subsiste um duplo parâmetro de proteção de direitos humanos, tanto no âmbito interno, a partir da Constituição Federal, como no âmbito internacional, no caso a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A importância de tal teoria revela-se justamente na possibilidade que cria de ampliação do espectro protetivo dos direitos em comento, de forma que, para que ato ou diploma normativo seja considerado válido, deve suportar o controle a partir de ambos os crivos aludidos, em autêntico exercício de interpretação mais favorável ao homem (“interpretação *pro homine*”), sendo respeitadas as soberanias em ambas as decisões, mas dando aplicabilidade àquela que for mais benéfica para o ser humano.

Percebe-se, pois, que a teoria ora exposta não prevê a configuração da jurisdição internacional enquanto “instância revisora” das decisões provenientes da Corte Suprema Brasileira, o que atende, portanto, ao vetor da soberania, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso I, da CF/88).

As construções teóricas ora trazidas prestam-se à análise das balizas para proteção de direitos fundamentais e humanos, sendo possível perceber a imperiosidade de analisar os ditames constantes de diplomas legais (no caso em apreço, a Lei de Anistia) a partir da dupla ótica de controle, ou seja, tendo por base a Constituição Federal e os tratados e convenções internacionais.

### **3.CONCLUSÕES**

A partir das disposições trazidas neste trabalho, buscou-se refletir acerca da compatibilidade das disposições constantes na Lei nº 6.683/79 (“Lei de Anistia”) aos paradigmas constitucional e convencional vigentes, tendo por base os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal – STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Do que foi investigado nesta exposição, pôde-se perceber, em síntese, que a Lei de Anistia não se coaduna satisfatoriamente aos comandos dos dois crivos utilizados para salvaguarda de direitos, quais sejam, a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Isso porque, com base na Teoria do Duplo Crivo, o conteúdo da Lei de Anistia, embora reconhecido constitucional pelo STF, falha em superar o controle convencional

realizado pela Corte IDH, dada a ausência de responsabilização dos responsáveis por crimes e perseguições durante o período ditatorial militar, afrontando-se diversos dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse toar, conclui o presente trabalho pela inaplicabilidade das disposições da Lei de Anistia à realidade brasileira, de modo que, não havendo que se falar em hierarquia ou subordinação entre a jurisdição nacional e internacional, mas efetiva coordenação em prol da maximização dos direitos humanos, este deve ser o vetor indicativo do caminho a seguir, para fins de construção de uma sociedade brasileira justa e efetivamente protetiva.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em 20. Jun. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, de 24 de novembro de 2010, 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em 20. Jun. 2022.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 22. Jun. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 22. Jun. 2022.

LIMA, George Marmelstein. *Guerra de Gigantes: STF versus CIDH (Lei de Anistia)*, 2011. Disponível em: < <https://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia/> >. Acesso em 22. Jun. 2022.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/2008*, de 28 de abril de 2010, 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf> >. Acesso em 20. Jun. 2022.



## **A NEGOCIAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: A EXPERIÊNCIA DA TRANSAÇÃO PENAL EM FEIRA DE SANTANA/BA**

**ALANA DOS SANTOS TELES:**  
Especialista em Direito Penal.

**RESUMO:** A presente pesquisa busca conhecer como se dá a negociação penal pela transação penal na cidade de Feira de Santana/BA. Para tanto, traz uma abordagem metodológica variada que se inicia com uma exposição teórica, discorrendo sobre os principais pontos doutrinários acerca do tema, tais como origem, conceito, característica, procedimento e natureza jurídica da transação penal. Traz, ainda, uma importante discussão sobre a constitucionalidade ou não do instituto e sobre os princípios processuais penais que são flexibilizados, dentre eles a busca pela verdade. De forma empírica, faz uma exposição quantitativa e descritiva a partir do estudo de processos que tramitam no juizado especial criminal feirense, referente aos crimes de menor potencial ofensivo, buscando identificar como se dá a proposta de transação penal na cidade e se há a efetivação da negociação penal, com paridade de armas entre as partes para firma o suposto acordo. Relaciona, por fim, o resultado da pesquisa com a recente proposta legislativa penal de emergência, que busca avançar no instituto negocial, sem avaliar os reflexos da atual transação penal. Assim, este trabalho busca trazer uma discussão sobre a negociação penal e contribuir para os debates sobre o tema.

**Palavras-chave:** Negociação Penal; Transação Penal; Juizados Especiais Criminais.

**ABSTRACT:** This research search to know how the criminal negotiation for the criminal transaction occurs in the city of Feira de Santana/BA. For this, it brings a varied methodological approach that begins with a theoretical exposition, discussing the main doctrinal points about the theme, such as origin, concept, characteristic, procedure and legal nature of the criminal transaction. It also brings an important discussion about the constitutionality or not of the institute and about the criminal procedural principles that are mitigated, among them the search for truth. In an empirical way, it makes a quantitative and descriptive exposition from the study of lawsuits in the special court of Feirense, referring to crimes with lower offensive potential, seeking to identify how the criminal settlement proposal is made in the city and whether there is the negotiation effective with parity of arms between the parties to sign the alleged agreement. Finally, it relate the result of the research with the recent emergency criminal legislative proposal, which aims to

advance in the negotiating institute, without evaluating the consequences of the current criminal transaction. Thus, this paper aims to bring a discussion about criminal negotiation and contribute to the debates on the subject.

**Key words:** Criminal Negotiation; Criminal Transaction; Special Criminal Courts.

## INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento de discussão sobre a suposta necessidade de maior desburocratização do processo penal e a flexibilização dos direitos fundamentais constitucionais e legais do Réu, com o envio da proposta legislativa nº 882/2019, apelidada de Projeto Moro. Em contrapartida, muitas são as críticas ao projeto, dentro inúmeros outros pontos, à negociação penal.

Todavia, o instituto negocial no Brasil não é novidade. A possibilidade de transação no âmbito penal surgiu no direito brasileiro com a Constituição de 1988 a qual previu, em seu art. 98, inciso I, a criação dos juizados especiais criminais e trouxe em seu texto a possibilidade de haver transação penal nas hipóteses previstas em lei.

Essas hipóteses foram previstas na Lei nº 9.099/95 que regulamentou o instituto da transação penal ao disciplinar sobre os juizados especiais cíveis e criminais. O referido texto legal trouxe, nos art. 72 e 76, a possibilidade de o Ministério Público propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta, durante a audiência preliminar, aos crimes de menor potencial ofensivo, assim entendidos como aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Sobre esse instituto foram levantadas muita discussão doutrinária quanto à sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, devido à flexibilização dos direitos do Réu.

Além disso, em que pese o título de negocial e mesmo já tendo se passado mais de vinte anos da entrada em vigor da lei dos juizados, muito se discute que a negociação penal não se realiza na prática, por não haver paridade de armas entre a defesa e a acusação.

Dessa forma, entendendo que é de suma importância estudar a realidade empírica, para saber se a negociação penal se efetiva, buscamos desenvolver essa pesquisa. Diante disso, a orientamos a partir da seguinte pergunta inicial: "como se dá aplicação do instituto da transação penal na cidade de Feira de Santana?". A partir desse questionamento visamos investigar a forma como se dá a negociação penal nos crimes de menor potencial ofensivo, que tramitam nos juizados especiais criminais da cidade. Assim, buscamos

metodologias para compreender o objeto pretendido. Dividimos, portanto, esse trabalho em dois momentos.

No primeiro, de forma teórica, tecemos observações importantes sobre a origem do da transação penal, seu conceito, procedimento, características e natureza jurídica, para oferecer um lastro conceitual ao nosso trabalho. Além disso, buscamos trazer os principais embates doutrinários sobre a constitucionalidade ou não do instituto e sobre os princípios processuais penais flexibilizados ou violados.

No segundo momento, propomos uma abordagem quantitativa e mostramos como constituímos a amostra para estudar os processos que tramitavam nos juizados criminais na cidade de Feira de Santana/BA. Retratamos como foi feito o levantamento de dados e a descrição dos mesmos, e a conseqüente apresentação dos resultados extraídos, os quais foram traduzidos por meio de tabelas. De posse do corpo empírico da pesquisa, elegemos um caso representativo para concretizar os resultados e fundamentar ainda melhor os argumentos trazidos.

A partir dos resultados obtidos, pudemos tecer uma análise sobre como se dá o instituto da transação penal em Feira de Santana/BA. Percebemos que a negociação penal ainda não é efetivada, pois na maioria dos casos o Ministério Público sequer se faz presente em audiência, apresentando a proposta de aplicação da pena em manifestação escrita ainda no início do processo - sem qualquer contato com o autor do fato e em descompasso com a individualização da pena -, sendo essa oferecida pelo conciliador na audiência preliminar. Ao relacionar a nossa pesquisa com outras realizadas no Brasil, percebemos tal procedimento é muito semelhante em outras localidades.

Assim, ao menos a partir dos dados empíricos que serão apresentados, podemos afirmar que esse instituto negocial que já possuímos (a transação penal), ainda não se encontra devidamente sedimentada na prática. Nos parece, portanto, preocupante recrudescer em uma legislação negocial sem ao menos efetivar a base que já existe, conforme será demonstrado ao longo dessa pesquisa.

## **METODOLOGIA ADOTADA**

A presente pesquisa foi orientada a partir de uma metodologia diversificada, para que pudéssemos apreender melhor nosso objeto de estudo: a transação penal.

Tivemos como tema principal “o instituto da transação penal como meio de direito penal negocial”, o qual foi delimitado na cidade de Feira de Santana/BA.

Nosso objetivo geral foi conhecer como é realizado o oferecimento da proposta de transação penal na comarca de Feira de Santana – BA e a partir daí buscamos i) verificar se há a negociação penal na comarca e como ela é feita; ii) estudar o instituto da negociação penal e os seus embates doutrinários (avanços X flexibilização de direitos) e iii) analisar as consequências desse instituto.

Para tanto, partimos da seguinte pergunta de pesquisa: “como se dá o desenvolvimento do instituto da transação penal na cidade de Feira de Santana?”. Essa pergunta orientou a nossa pesquisa e a partir dela formulamos as seguintes hipóteses:

Hipótese 1: Não existe negociação da transação penal para qualquer crime, ela é proposta e a parte aceita ou é denunciada;

Hipótese 2: Existe negociação da transação penal, mas ela é seletiva, apenas para alguns crimes;

Hipótese 3: Existe negociação a depender do membro que atua no processo;

Hipótese 4: Não existe negociação, pois é uma posição institucional.

Assim, para verificar essas hipóteses, bem como observar outros dados que pudessem surgir ao longo do nosso estudo, o dividimos em dois momentos: um teórico e um empírico.

Em um primeiro momento, partimos de uma pesquisa bibliográfica, na qual fizemos a busca e leitura de obras doutrinárias bem como outras pesquisas, empíricas ou não, que tratassem do tema dos juizados especiais criminais, mais especificamente que abordassem a temática da transação penal com maior profundidade.

Essa parte inicial foi um momento muito rico e importante, pois pudemos observar os diversos posicionamentos dos autores sobre o instituto, o seu procedimento e as diversas questões que o circundam. Além disso, foi fundamental para que pudessemos pensar a nossa própria estratégia de abordagem do tema.

Posteriormente, partimos para o levantamento e a coleta de dados quantitativos a ser feito junto ao sistema do PROJUDI, que é o servidor responsável pelos processos online que tramitam nos juizados na Bahia. Essa busca foi feita pela senha da pesquisadora como advogada cadastrada<sup>146</sup>.

Ressaltamos, todavia, que aqui encontramos uma dificuldade na pesquisa. Ao estabelecer os filtros “vara” e “competência” para separar os processos relativos às varas dos juizados de Feira de Santana<sup>147</sup> e os relativos aos juizados especiais criminais<sup>148</sup>, percebemos que os mesmos só se aplicavam até a primeira página. Ou seja, após a segunda página do servidor todos os processos se misturavam (com os de outras cidades e competências), o que inviabilizou uma coleta de dados mais robusta.

Mesmo assim, fizemos uma amostra de dados e, para não sermos prejudicados pela quantidade numérica, buscamos fazer uma análise mais verticalizada dos processos que estudamos, criando diferentes variáveis postas em uma tabela-geral<sup>149</sup>, que permitiu posteriormente a tabulação dos dados.

Além disso, para ilustrar melhor nossa pesquisa, trouxemos para observação mais aprofundada um dos processos coletados. Fizemos primeiramente uma apresentação descritiva do caso e posteriormente a sua análise, relacionando-a com outras pesquisas.

Partindo dessas considerações metodológicas, que nos permitiram trilhar o caminho para que chegássemos aos nossos resultados, convidamos você a mergulhar agora no corpo desse estudo.

## **1. A TRANSAÇÃO PENAL: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS**

---

<sup>146</sup> Em 2015-2016, quando fiz a minha pesquisa de iniciação científica, também no âmbito dos juizados, apresentei a pesquisa e me foi disponibilizado um usuário e senha de servidor, com o qual eu conseguia aplicar os filtros indistintamente.

<sup>147</sup> Tendo em vista que o sistema é estadual, precisávamos filtrar para as varas dos sistemas dos juizados da cidade em estudo.

<sup>148</sup> Na Comarca de Feira de Santana os Juizados (cível, consumidor e criminal) foram unificados pela Resolução nº 15 do TJ/BA. Sendo assim, os quatro juizados existentes na comarca, tem competência para as três matérias, motivo pelo qual a filtragem era de suma importância para viabilizar a pesquisa.

<sup>149</sup> A tabela-geral consta em anexo.

Abordaremos aqui um aspecto mais doutrinário e teórico sobre instituto da transação penal.

Essa parte inicial da nossa pesquisa, está alicerçada no pensamento de diversos autores e pesquisadores que se dedicaram a estudar sobre o tema ao longo dos anos, desde a inserção do instituto no ordenamento jurídico até os dias atuais.

Não temos o objetivo de esgotar o assunto, mas sim de trazer os pontos que pensamos ser os principais para a discussão que é objeto dessa pesquisa: a transação penal.

### 1.1. A ORIGEM DO INSTITUTO NO BRASIL

A Lei nº 9.099/95 surgiu no Brasil a partir de um contexto de descrédito com a justiça criminal que vigia até então.

Narram os estudiosos que havia uma verdadeira sobrecarga do judiciário (que ainda persiste em muitos locais) devido a sua burocratização e demora, o que não correspondia às expectativas sociais.

Diante disso, nos dizeres de Mirabete (2001, p. 35):

“(...) passou-se a exigir um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos de modo a suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a justiça criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal os autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes”.

Dessa forma, como bem aponta Grinover et tal (1999, p. 29), muitos juristas já haviam proposto alterações ao Código de Processo Penal de 1940, no intuito de alcançar um chamado “processo de resultados”, o qual objetivaria dar pronta resposta ao ato desviante.

Dessa necessidade de “tornar efetivo o direito penal”<sup>150</sup>, o ordenamento jurídico teve que se adequar à nova realidade, buscando “criar condições para o cumprimento de sua função primordial”.

Assim, diante desse pensamento moderno emergente, que reverberou não só no Brasil, mas em todo o mundo, viu-se a necessidade de adequação do sistema processual penal moroso e burocrático, para um mais célere e informal.

Ressalta-se, todavia, que esse tratamento diferenciado, aqui no Brasil, ficou reservado aos crimes de bagatela, ou, conforme nomenclatura cunhada no nosso ordenamento jurídico, ao crimes de menor potencial ofensivo, como veremos mais detalhadamente adiante.

Conforme já apontado, esse fenômeno foi global e surgiram institutos no direito estrangeiro que influenciaram no modelo de justiça consensual a ser construído no Brasil. A exemplo, Ada Pellegrini (1999, p. 31) aponta a Lei italiana 689 de 1981, a qual permitia ao juiz, a pedido do acusado e após manifestação favorável do Ministério Público, a aplicação da sanção com a subsequente extinção da punibilidade, com registro de pena exclusivamente para efeito de impedir outro benefício. Outro exemplo trazido pela autora é o Código de Processo Penal Português, de 1987, que permitia ao Ministério Público requerer ao Tribunal a aplicação da pena de multa ou pena alternativa, funcionando ao mesmo tempo como representante da vítima a fim de requerer indenização civil. No entanto, em tal instituto, a homologação da proposta equivaleria a uma condenação.

Outro exemplo que podemos trazer, é o modelo de *plea bargaining*, de origem muito remota, que é adotado em aproximadamente dois terços dos Estados norte-americanos, no sistema da *common law*. Segundo Henrique Cardoso e Eliezer Siqueira Júnior (2017, p. 62) citando Givati, a *plea bargaining* consiste em um acordo obtido entre a acusação e a defesa no qual o acusado declara sua culpa em troca de uma sentença mais branda, evitando ainda um processo mais demorado. Importante ressaltar que, nesse modelo, em linhas gerais e a grosso modo<sup>151</sup>, o acusado admitirá a sua culpa e a sentença

---

<sup>150</sup> Mirabete (2002).

<sup>151</sup> No modelo da *plea bargainig* é possível três tipos diferentes de acordo entre acusação e defesa. Para maiores informações recomendamos a leitura de PLEA BARGAINING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE DIREITO ESTRANGEIRO. Henrique Ribeiro Cardoso e Eliezer Siqueira de Sousa Júnior.

necessariamente será condenatória, além de ser possível o seu cabimento em uma gama muito maior de crimes. Dessa forma, podemos inferir que esse modelo negocial norte americano não se confunde com o modelo consensual adotado até então no Brasil.

Diante desse contexto, sensível a essa emergente necessidade de mudança e influenciada por aspectos do direito estrangeiro, a Constituição de 1988 trouxe no art. 98, inciso I, o mandado constitucional ordenando a criação dos juizados especiais, que veio a ser posteriormente regulamentada pela Lei nº 9.099/95.

Esse novo regramento jurídico trouxe a possibilidade da conciliação e da transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos e as contravenções penais (art. 60 e 61). O procedimento desta lei está pautado nos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

Nas palavras de José Luiz Sanches (2006, p. 43):

“a Lei 9.099/95 revelou-se, sem dúvida na via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça criminal (o movimento forense foi reduzido significativamente), ao mesmo tempo em que proporciona a imediata reparação dos danos à vítima (na medida do possível), o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor dos fatos, sua não reincidência, além de uma grande economia de horas de trabalho e papeis”.

Dessa forma, infere-se que o instituto da transação penal teve origem no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 9.099/95 que surgiu com o escopo de desburocratizar o sistema processual penal trazendo um modelo mais célere de resolução de conflitos, a fim de dar uma resposta mais rápida e efetiva para o ato desviante de menor complexidade.

Não podemos deixar de ressaltar aqui, no entanto, que, conforme bem aponta a teoria das velocidades de Jesús Maria Silva Sanches, esse direito penal, classificado pelo autor como de segunda velocidade, traz para além da desburocratização e celeridade do processo, a mitigação de direitos e garantias penais e processuais penais ao acusado, ou, conforme nomenclatura adotada pela lei dos juizados, autor do fato. Esse ponto, suscitou



e ainda suscita na doutrina diversas discussões quanto a sua constitucionalidade ou não, que serão devidamente exploradas em tópico específico.

Antes disso, todavia, é de suma importância trazermos à baila o conceito e o procedimento da transação penal, a fim possibilitar uma maior compreensão do instituto objeto de análise da nossa pesquisa.

## 1.2. CONCEITO, PROCEDIMENTO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal está prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95 que assim dispõe:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (Grifos nossos)

Pela leitura do dispositivo, infere-se que a transação penal consistirá na aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, que será especificada em proposta a ser oferecida pelo Ministério Público. Ou seja, antecipa-se a pena que seria porventura aplicada no final do processo, no entanto, ao invés de privativa de liberdade, a pena será necessariamente restritiva de direitos ou multa.

Essa aplicação, no entanto, não pode ser imposta (ao menos não deveria) tendo em vista que o autor do fato, devida e tecnicamente assistido por um advogado particular ou pela defensoria pública, tem a discricionariedade de aceitar ou não a proposta formulada pelo *parquet*.

Cabe ressaltar que, nos termos do art. 72 da supracitada lei, a proposta de transação penal será feita na audiência preliminar, na qual devem estar presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima (quando o crime for de ação penal privada), acompanhados por seus advogados. Nesta oportunidade, cabe ao Juiz esclarecer sobre a possibilidade de oferecimento da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade pelo Ministério Público ao autor do fato.

Ou seja, a própria lei previu o momento adequado a ser feita a proposta pelo Ministério Público ao autor do fato – durante a audiência preliminar. Dessa previsão legal e da própria ideia de consenso da qual se originou a lei, infere-se que o objetivo da transação penal é que ela seja um instituto de natureza negocial, em que as partes – autor do fato e *parquet*, nos casos de ação penal pública -, entrariam em um acordo que satisfizesse ambas as partes. Esse entendimento, inclusive, é corroborado pela doutrina.

Damásio de Jesus (1995, p. 20) afirma que a transação penal é um negócio entre o Ministério Público e a Defesa, possibilitando-se ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autor do fato, justa para a acusação e para a defesa. Desta forma, deveria ser um meio de aplicação do modelo consensual/negocial de resolução de conflito, que conferiria maior protagonismo às partes e a desburocratização do processo.

Para Sérgio Turra Sobrane apud in Pereira (2008, p. 21)

“a transação penal é o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada”.

Ainda, segundo Aury Lopes Júnior (2017, p. 756), “a transação penal deverá ser ‘negociada’<sup>152</sup> com o autor do fato até que se chegue ou não a um consenso”.

Esclarece também o supracitado autor, sobre a interessante disposição legal (§5º, art. 76) da possibilidade de se recorrer da decisão de aplicação imediata da pena virtude da transação penal. Em que pese em um primeiro momento parecer estranho a possibilidade de recurso de um instituto que é negociado, Aury Lopes bem pontua que em alguns casos as condições da transação podem ser excessivamente gravosas para o agente, que aceita as condições da proposta para evitar recusar e, portanto, precluir nessa via consensual. Por isso, aceita a pena antecipada, mas recorre das condições que não concorda por serem excessivas.

Diante desse conceito de transação penal, que se perfaz, ao menos em tese, em uma justiça negocial, podemos visualizar dois lados que entram em acordo com o intuito

---

<sup>152</sup> Interessante apontar que o próprio autor traz o termo negociada com aspas, tendo em vista que posteriormente tece críticas ao modelo negocial adotado na prática pelo Brasil, que será objeto de discussão posterior.

de finalizar mais rapidamente o processo penal. No entanto, isso não quer dizer que a transação penal deve ser feita de qualquer jeito em nome da celeridade e simplicidade que prega a lei dos juizados. Por isso, traremos agora uma breve explicação sobre o procedimento e as características da transação penal, a luz da lei e da doutrina, a fim de ilustrar a materialização desse acordo.

## 1.2.1. O PROCEDIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

### 1.2.1.1. O papel do Ministério Público

Como já adiantamos, o art. 72 da Lei nº 9.099/95 dispõe que a proposta de transação penal deve ser realizada na audiência preliminar, presentes o autor do fato, o Ministério Público e o juiz. É nessa oportunidade que o *parquet*, verificando estarem presentes os pressupostos para o oferecimento da pena antecipada, a oferta ou não, cabendo, de igual forma, ao autor do fato, acompanhado de seu defensor, aceitá-la ou não.

Nas palavras de Marino Pazzaglini Filho et al (1999, p. 49):

“a transação penal é o novo instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração do processo, de pena não privativa de liberdade”. (grifos nossos).

Em que pese o autor repute que cabe ao membro do Ministério Público ofertar a transação penal se entender conveniente ou oportuna, tem-se, pela melhor doutrina, que se trata, em verdade, de um direito subjetivo do réu (Pacelli, 2008, p. 569).

Na verdade, encontramos na doutrina três correntes:

- Primeira corrente: decorre do princípio da oportunidade, sendo esta, todavia, regrada ou limitada. Entendem os seus defensores que ao Ministério Público cabe a atuação discricionária de fazer a proposta nos casos em que a lei permite, de

exercitar o direito de punir do Estado oferecendo uma pena não privativa de liberdade.

- Segunda corrente: defende que é um poder-dever do Ministério Público a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configure as condições do §2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95. (Grinover, 1999, p. 140). Propõe como alternativa à não propositura da transação penal pelo Ministério Público a aplicação analógica do art. 28, CPP153.
- Terceira corrente: considera que a transação penal é direito público subjetivo do autuado quando presentes os requisitos legais. Permite que o juiz supra a omissão do *parquet* quando este não ofereça a proposta. Autores outros criticam esse último fundamento, considerando que vai de encontro ao modelo consensual, violaria o sistema acusatório.

Entendemos, portanto, que o oferecimento da transação penal é um verdadeiro poder-dever do Ministério Público ante um direito subjetivo do réu, em que o *parquet* dispõe sobre a sanção penal a ser ofertada, mas não pode deixar de agir se o autor do fato não se enquadrar nas hipóteses de impedimento encontradas §2º, do art. 76, quais sejam:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração **condenado**, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente **beneficiado anteriormente**, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

---

153 Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

III - **não indicarem** os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. (grifos nossos)

Assim, conforme ensina Pacelli (2008, p. 569) é a própria lei que estabelece qual seria a medida mais adequada ao fato e ao seu autor.

Na mesma linha, Aury Lopes Júnior (2017, p. 755) afirma que predomina o entendimento de que a transação penal é um direito subjetivo do réu, de modo que, “preenchidos os requisitos legais (expostos acima), deve ser oportunizada ao acusado. Ao Ministério Público, como bem define Pacelli, a discricionariedade ‘é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritivas de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95’”. Ou seja, por ser um direito subjetivo do réu, não cabe ao Ministério Público decidir sobre o cabimento ou não da transação, mas apenas o de escolher a pena a ser proposta.

Ressalta-se que ao Ministério Público cabe oferecer como proposta somente pena restritiva de direitos ou multa, conforme se depreende da própria redação do caput do art. 76 da lei dos juizados.

Assim, como bem reforça Mirabete (2001, p. 139), nos termos legais “é evidentemente inadmissível a pena privativa de liberdade, mesmo reduzida, ainda que esta seja a única cominada abstratamente para o crime ou contravenção”.

No momento do oferecimento da pena antecipada, cabe ao membro do Ministério público fazer a especificação da proposta a ser ofertada. Isso porque, a transação penal não pode ser genérica, devendo atender às finalidades sociais da pena, aos fatores referentes à infração praticada (tais como: motivo, circunstâncias e consequências) e a seu autor (antecedentes, conduta social, personalidade, reparação do dano à vítima). É por isso, portanto, que entendemos que a proposta de transação penal deve ser individualizada, e deve considerar cada autor do fato em cada caso concreto.

Com respeito à pena restritiva de direitos, a doutrina entende que a escolha está limitada àquelas elencadas no art. 43 do CP154, observadas as normas definidoras destas (art. 46 a 48 do CP155), podendo os demais critérios nortear essas fixação.

---

154 Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana.

155 Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1o A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2o A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3o As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4o Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Interdição temporária de direitos (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - proibição de freqüentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Limitação de fim de semana

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Reforçando esse entendimento, segundo Marino Pazzaglini Filho et al (1999) explica que:

“o promotor de justiça, na escolha da sanção penal a ser transacionada, tal qual o juiz na aplicação da pena na sentença condenatória, tem discricionariedade ampla para fixa-la. No entanto, a fixação não pode ser aleatória e certos parâmetros devem ser observados”. (Grifos nossos)

### **1.2.1.2 A aceitação ou não da proposta pelo autor do fato**

Após o oferecimento da proposta de transação penal feita pelo Ministério Público, cabe ao autor do fato e o seu defensor aceitar ou não a pena antecipada.

Como bem salienta Pazzaglini Filho et al (1999) “embora a lei não faça menção expressa, poderá ser efetuada contraproposta por parte do autor da infração e seu defensor”.

No mesmo sentido, Bitencourt (2003, p. 135) pontua que:

“Convém não esquecer que se trata de transação e não de imposição, como pode parecer para alguns. Feita a proposta pelo Ministério Público, o autor do fato pode fazer contraproposta, estabelecendo-se uma relação dialética, como proposições distintas, até se chegar a um denominador comum, ou, então, persistindo as diferenças, ou mesmo o interesse do autor do fato em não aceitar a proposta, restará inviabilizada a transação penal”.

Ora, pela lógica outra interpretação não caberia, já que se trata de uma verdadeira negociação entre as partes, em que, pelo próprio conceito ordinário da palavra (negociação), há a possibilidade de concessões recíprocas para se chegar a um fim comum.

---

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Considerando que a proposta deve ser aceita pelo autor do fato, trazemos a interessante explanação de Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 124-126) sobre as características da transação penal. Assim, em linhas gerais, para o autor, a transação penal deve ser:

- a) Personalíssima: ato exclusivo do autor do fato<sup>156</sup>, pois “(...) a aquiescência pessoal do autor da infração penal integra a própria essência do ato: estará transigindo sobre a sua liberdade, que passará a sofrer restrições”.
- b) Voluntária: a decisão de transigir tem que ser produto de sua livre escolha. A transação penal não deve ser imposta, pois é ato de vontade do autor do fato que a aceita se achar que lhe será conveniente. Assim, para que a proposta se constitua em um ato livre “tem de ser isenta de qualquer resquício de constrangimento, isto é, ameaças veladas, insinuações, por eventual não-aceitação da conciliação penal”.
- c) Formal: essa é uma interessante característica, tendo em vista que a Lei nº 9.099/95 trouxe a simplicidade dos procedimentos em busca da celeridade do processo. Todavia, bem aponta o autor que “o princípio da informalidade nos juizados não é impeditivo da formalização da conciliação penal”. Afinal, é um acordo de vontades que está pondo fim ao processo. Dessa forma, defende o autor, como também já pontuamos, que a transação deve ocorrer em audiência, com a presença do promotor de justiça – que faz a proposta, do juiz – que fiscaliza e do autor do fato acompanhado de seu defensor – que pode transigir.
- d) Tecnicamente assistida: por fim, Bitencourt traz que “para transigir com sua liberdade, é fundamental que o acusado, que é leigo, despreparado e, nas circunstâncias, desorientado, pode aceitar qualquer proposição”. Esse também é um consectário da ampla defesa que não pode deixar de ser observada, mesmo se tratando de um consenso. Dessa forma, é imprescindível o autor do fato estar

---

<sup>156</sup> O autor bem ressalta, ainda, que o revel não terá direito a transação, tendo em vista essa característica.



acompanhado por defensor constituído, para que seja orientado e informado pelos seus direitos e efeitos da transação e possibilidades de êxito em uma defesa final, ainda que a decisão final caiba exclusivamente ao autor do fato.

Quanto a este último ponto, por não haver referência na lei quando o acusado não aceitar transigir e o autor sim, entende a doutrina que aplica-se o art. 89, §7º157 e prevalece a vontade do acusado, sendo o inverso também verdadeiro, ou seja, caso o autor do fato aceite e o defensor recuse. Cabe a este, todavia, deixar claro ao autor do fato os motivos para tanto, orientando-o e informando-o devidamente.

Esse cuidado com o correto procedimento para a oferta da transação penal é imprescindível para que se assegure minimamente os direitos do autor do fato. Afinal, ele, caso aceite transigir, estará abrindo mão do processo, com todas as garantias que resguardam os seus direitos como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse ponto, é interessante trazer que, considerando o aspecto acima apontado, parte da doutrina considera que a transação penal tem natureza jurídica de pena, posto que obriga o autor do fato ao cumprimento de uma determinada obrigação, mesmo que essa tenha sido aceita por ele.

Entendem esses doutrinadores, em verdade, que esse modelo consensual não é consensual em sua essência, pois o autor do fato muitas vezes aceita as condições de uma pena restritiva de direitos antecipada, por medo de um processo futuro (Dias e Chagas, 2015, p. 20). Entendemos ser este o posicionamento mais acertado e que mais reflete a realidade.

Não podemos deixar de trazer, no entanto, que parte da doutrina entende que a transação penal não possui natureza jurídica de pena, pois não há formação de processo e, por consequência, não há sentença condenatória. Para esses autores, a transação penal seria um mero acordo entre acusação e o autor do fato, com efeitos meramente processuais.

---

157 § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Para finalizar esse tópico sobre o procedimento da transação penal, trazemos que, pela disposição do §3º do art. 76, da Lei nº 9.099/95, a proposta, se aceita pelo autor do fato, passará para apreciação do juiz, para a sua homologação e aplicação da pena transacionada.

Por outro lado, caso o autor do fato não aceite a pena antecipada, cabe ao Ministério Público fazer a denúncia para a formação do processo, que seguirá pelo rito sumaríssimo.

### 1.3. NEGOCIAÇÃO PENAL: AVANÇO NECESSÁRIO OU MITIGAÇÃO DE DIREITOS?

A introdução da justiça consensual no Brasil, pela Lei nº 9.099/95, principalmente no que tange à transação penal (utilizada, em regra, para os crimes de ação penal pública), trouxe muitas discussões no cenário jurídico do país.

Se por um lado temos a celeridade, simplicidade, informalidade e a consequente finalização rápida do processo, com uma resposta mais ágil para o ato delituoso (processo de resultado<sup>158</sup>), por outro lado temos a flexibilização de direitos e garantias processuais fundamentais do autor do fato.

Traremos aqui os principais pontos desse embate doutrinário a fim de fomentar o debate que também nos auxiliará para fundamentar a análise de nossa pesquisa.

#### 1.3.1 Busca pela verdade X verdade negociada

O processo penal tem como um de seus princípios norteadores a busca pela verdade, antes conhecida como busca pela verdade real<sup>159</sup>.

Esse princípio objetiva alcançar a verdade a ser construída ao longo do processo, através da instrução probatória, por meio de documentos, oitiva de testemunhas, acusação e defesa.

---

<sup>158</sup> Tratada no tópico inicial dessa pesquisa.

<sup>159</sup> Grande parte da doutrina atual entende que não há que se falar em verdade real, pois ela seria inatingível, defendendo, desta forma, uma verdade a ser construída dentro do processo, através da instrução probatória. Nesse sentido: LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1, p. 540-550.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 58), a verdade processual é:

“Identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste de justa medida, seja por sentença condenatória ou por sentença absolutória”.

Como podemos extrair do conceito trazido pelos autores, o princípio da busca pela verdade defende um processo pautado na regular produção de prova, atendidos os demais princípios processuais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, para que, no final, o juiz formule a sua decisão baseada nesse processo justo e equânime.

Há quem defenda, inclusive, que tal princípio está implicitamente previsto na Constituição como decorrência do inciso LIV do art. 5º, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (Brião, 2014, p. 2 apud in Estrela160).

É, portanto, um princípio que reflete um direito processual penal de garantia, tendo em vista que, ao final do processo, o réu poderá vir a ser condenado.

Todavia, com o advento da justiça negocial, pode-se dizer que o princípio da busca pela verdade, em determinados casos, foi substituído pelo princípio da verdade consensual.

Isso porque, pela própria dinâmica dos juizados, até o momento da aceitação da transação penal não há processo propriamente dito, tendo em vista que não houve a denúncia pelo Ministério Público. Assim, não há o que se falar em instrução probatória, nem observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ao menos não da forma como eles se dão em um processo comum.

---

160 Disponível em: <https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal>

Dessa forma, para ter o “benefício”<sup>161</sup> da transação penal o autor do fato abre mão de prosseguir com o processo, com todas as garantias processuais e instrutórias que resultariam na busca pela verdade, por uma verdade consensual. Ou seja, o autor do fato aceita a pena negociada, em troca de finalizar antecipadamente o processo. De igual modo, o Ministério Público deixa de ofertar a denúncia, de prosseguir com o processo e de ter uma possível sentença condenatória.

Nesse modelo consensual, para Grinover et tal (1999, p. 30) deve-se repensar a função do juiz, o qual deve deixar “de ser um solucionador da controvérsia, em seu papel de ditar o direito, para assumir as vestes de um verdadeiro mediador de conflitos”.

Bitencourt (2003, p. 125) por sua vez, considera que a transação penal possui inegáveis vantagens. Nas palavras do jurista “esse novo modelo de verdade, segundo Luhmann, evita-se que o autor do fato sofra as frustrações naturais decorrentes de uma decisão que contrarie suas expectativas, necessitando adaptar-se à nova situação, que, às vezes, exige demasiado esforço pessoal”. Complementa ainda dispendo que “com a verdade consensual essa predisposição de acerto parte de dentro do autor da infração penal, como valor pessoal, com disposição anímica diferente, espontânea, com grande probabilidade de êxito”.

Esse interessante posicionamento é, todavia, refutado por autores como Aury Júnior (2017, p.783-785), considerando que, diante da realidade prática da justiça negocial, argumentos como os acima apontados ruíram por completo. A crítica do autor é muito salutar quando analisamos a realidade de muitos juizados Brasil a fora, aprofundaremos sobre isso no próximo capítulo.

Dessa forma, é de suma importância estudar a realidade prática desse modelo consensual até então adotado pelo Brasil. Todavia, antes de adentrarmos na parte empírica da nossa pesquisa, em que vamos demonstrar a realidade da justiça negocial na cidade de Feira de Santana/BA, teceremos algumas considerações sobre a discussão quanto a constitucionalidade ou não do modelo consensual trazido pela Lei nº 9.099/95.

---

<sup>161</sup> Utilizamos o recurso das aspas na palavra benefício, pois, conforme exposto ao longo da pesquisa, a transação penal não é meramente um benefício, mas sim um direito subjetivo do autor do fato. Além disso, grandes são as críticas no que tange ao instituto da maneira como ele se dá na prática, sendo muito mais benéfico para o judiciário e ministério público pela celeridade, do que para o autor da fato, que aceita uma proposta pronta, sem possibilidade de consenso. Quanto a isso, reportamos ao capítulo seguinte.

### 1.3.2 A (in)constitucionalidade da Lei nº 9.099/95: debates na doutrina<sup>162</sup>

Desde o seu nascedouro, a Lei nº 9.099/95 suscitou grandes questionamentos. Dentre eles, a constitucionalidade ou não do instituto da transação penal não passou despercebida pelo olhar atento da doutrina.

Isso porque, como já exposto, de acordo com o procedimento da lei, o Ministério Público, na audiência preliminar, que antecede o oferecimento da denúncia, formula uma proposta de transação penal ao autor do fato que, caso aceite, põe termo ao “processo”. Assim, há a antecipação da pena que seria porventura aplicada ao final do processo, após a instrução probatória.

O grande fundamento que embasa a tese sobre a inconstitucionalidade da transação penal é justamente a violação dos princípios constitucionais e processuais, tais como o devido processo, ampla defesa e contraditório, não culpabilidade e igualdade processual.

Miguel Reale Júnior (1997, 28-29 apud in Pereira, 2008, p. 29) partindo em defesa da inconstitucionalidade do instituto trouxe que:

“não aceitar a transação significa, portanto, preferir que a condenação à mesma pena decorra do exame da acusação e das provas no exercício amplo do direito de defesa, com respeito ao contraditório, e não de apressada imposição sem processo. É optar pela eventual condenação em processo regular, no qual pode ser absolvido”.

Ou seja, na visão do autor, o réu, ao aceitar a antecipação da pena, perde a possibilidade de discutir no processo a imputação que lhe é feita, com a desvantagem de

---

<sup>162</sup> É interessante notar que a discussão quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da transação penal, em que pese ter mobilizado o campo doutrinário, pouco se tem a respeito na jurisprudência. Em consulta realizada no site do STF com as palavras chaves “Inconstitucionalidade lei 9.099”; “Constitucionalidade 9.099” e “Art. 76 lei 9.099” apenas tivemos retorno nesta última, aparecendo os julgados o qual sobre a natureza da sentença penal quando há o descumprimento da transação penal (RE 795567; RE 602072).

que, caso optasse pela continuidade do processo com todas as garantias processuais, poderia vir a ser absolvido no final.

Chagas e Dias (2015, p. 1654) também em defesa da inconstitucionalidade do instituto, afirmam que o princípio do devido processo legal

“visa proteger o acusado contra a ação arbitrária do Estado, inclusive em relação ao procedimento da aplicação da transação penal, visto que antes mesmo de dar a oportunidade de o autor do fato se defender, já lhe é imputado uma pena, que embora não seja privativa de liberdade, ainda assim é pena”.

Na visão dos autores, não poderia a celeridade processual se sobrepor a uma garantia tão cara quanto ao do regular processo.

No que tange à ofensa ao princípio da ampla defesa, Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Amorim (2013, p. 313) defendem que a transação penal, tal como ele é oferecida, resulta em uma verdadeira imposição de pena ao autor do fato, que passa a ter medo de enfrentar o processo penal. Dessa forma, interessante é o quadro pensado pelos autores, que em suas palavras assim dispõem:

“(…) ao chegar à audiência preliminar, diante de um Juiz e de um membro do Ministério Público, o autor do fato é perguntado se deseja aceitar a transação penal, com todos os seus fogos de artifício (não aceitação de culpa, não gera reincidência, não traz os efeitos normais de uma sentença condenatória, etc.), percebendo uma pena restritiva de direito, ou se vai “enfrentar” o processo, neste último caso, quase como se fosse enfrentar o Juiz e o Ministério Público, tal é o inconveniente indisfarçável gerado por quem não aceita a ‘benéfica’ proposta”.

No que toca à mitigação do princípio da presunção da inocência, Chagas e Dias (2015, p. 1658) explicam que “na transação penal o autor do fato recebe uma pena, ainda que restritiva de direito, sem uma análise profunda dos fatos, sem direito de defesa, ou, ao menos, a instauração de processo na sua devida forma e por consequência, sem sentença condenatória”, o que feriria frontalmente o disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Continuando a sua explanação, os autores afirmam que:

“em termo práticos, troca-se o devido processo legal pelo princípio da oportunidade regradada do Ministério Público, este que nem sempre acompanha cabalmente a tramitação da demanda, visto que a grande maioria dos procedimentos dos juizados é orquestrada pela figura do conciliador”.

Vera Almeida (2014, p. 119) arremata o tema, sintetizando o posicionamentos dos renomados juristas:

‘Há dentre os doutrinadores processualistas quem considere a transação penal ofensiva aos princípios constitucionais da presunção de inocência<sup>157</sup>, da ampla defesa<sup>158</sup> e do devido processo legal<sup>159</sup>, todos eles garantidores do modelo democrático do Estado brasileiro, em face da aplicação de pena sem o processo tradicional (cf. WUNDERLICH e CARVALHO, 2005; PRADO, 2003 e STRECK, 2002, entre outros). Afirmam que a aceitação da transação penal pelo jurisdicionado afirma sua culpa, e por isso, há violação do princípio constitucional da presunção de inocência, já que aplicada pena sem a possibilidade de realizar provas de sua inocência”.

De outro lado, no entanto, defendendo a constitucionalidade do dispositivo encontramos a doutrina mais tradicional.

Grinover e tal (1999, p. 37) defendem que quanto ao argumento da violação do devido processo legal, a própria Constituição Federal excepcionou esse princípio ao trazer, no art. 98, inciso I, a previsão expressa da possibilidade de transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo. Desta forma, entendem que a Magna Carta deixou o legislador federal livre para impor os parâmetros do instituto, que devem, todavia, ser razoáveis. No mesmo sentido, Mirabete (2003).

Seguindo em defesa da constitucionalidade do instituto, os clássicos autores apontam que a aceitação da proposta de transação penal:

“representa técnica de defesa, a qual pode consubstanciar em diversas atividades defensivas: a) aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando à absolvição ou, de qualquer modo, situação mais favorável do que a

atingível pela transação penal; ou b) aceitar a proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício de defesa". (Grinover e tal, 1999, p. 37).

Coadunando com tal entendimento, acrescenta Pereira (2008, p. 33), que a aceitação da proposta de transação penal constitui uma estratégia de defesa, para acabar mais rápido com o que ainda não é processo, ou mesmo "um meio em busca de um fim", para se garantir a qualidade da prestação jurisdicional e a perfeita adequação da sentença à situação de direito material subjacente.

Entendemos, todavia, que, em que pese teoricamente o modelo consensual dizer respeito à possibilidade de o autor do fato optar pela continuidade ou não do processo, essa livre escolha deve ser garantida efetivamente. Não pode, portanto ser uma imposição trajada de opção, como bem apontaram Jardim e Amorim no trecho trazido acima. Dessa forma, falar em estratégia de defesa quando não há efetivamente uma escolha, é preocupante e temerário.

Ainda rebatendo ao argumento de afronta ao princípio da presunção da inocência, Grinover e tal (1999, p. 38) apontam que a aceitação antecipada da pena não importa reconhecimento da culpabilidade, bem como não gera efeitos desfavoráveis ao autor do fato em relação à reincidência e aos antecedentes criminais, mas meramente fator impeditivo de novo "benefício" dentro do prazo de cinco anos. Isso porque, entendem eles, ser inaplicável a conversão da pena restritiva de direitos aceita em pena privativa de liberdade, em caso de descumprimento.

Interessante, por fim, trazer um argumento exposto por Peireira (2008, p. 34), o qual considera a Transação penal como um instituto que possibilita maior efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo. Para fomentar tal entendimento, o autor traz um enxerto do texto de Marcelo Gonçalves Saliba, membro do ministério público:

"o princípio da dignidade humana, insculpido no art. 1º, inciso III, da Carta Constitucional, é o norte de atuação do legislador e aplicador do direito e dele decorrem diversos outros princípios, reguladores do sistema penal. A mínima intervenção, a fragmentariedade do direito penal, devem ser observadas continuamente, para que este ramo do direito não sirva unicamente como meio de exclusão social. A lei dos



juizados especiais criminais, neste ponto, veio em total sintomia com os princípios nominados e a transação penal apresenta-se, hoje, dentro do nosso ordenamento jurídico, como a mais importante forma de despenalizar, sem descriminalizar.” (Saliba, 2005).

Discordamos, todavia, desse entendimento. Primeiro porque, conforme aponta parte da doutrina criminológica, a lei dos juizados veio, na verdade, incorporar crimes que antes sequer eram tutelados penalmente ou ao menos relegados diante da gama de processos. Ou seja, não há aqui o que se falar em fragmentariedade nem de ultima ratio, tendo em vista que surtiu o efeito oposto. Segundo, porque consideramos que a transação penal não se trata de despenalização. O que se tem, na verdade, é a antecipação de uma pena que poderia vir a ser imposta no final do processo, após a instrução. Em outras palavras, não deixa de ser pena somente porque foi antecipada e porque não poderá ser privativa de liberdade, afinal, continua sendo uma obrigação que o autor do fato não faria voluntariamente. Assim, não entendemos que a lei dos juizados, ao dispor sobre a transação penal, buscou garantir a dignidade humana, ao menos não pelos argumentos trazidos pelos supracitados autores.

Em que pese as nossas críticas sobre os argumentos expostos pelos defensores da constitucionalidade, bem como muitos pontos do instituto da transação penal, temos que este é sim um dispositivo constitucional tal como foi trazido pela lei. Não apenas pelo fato de a sua previsão ter sido vontade do poder constituinte originário, através do mandado constitucional do art. 98, inciso I da CF, mas também por entendermos que, ao menos em tese, os direitos do autor do fato estão minimamente resguardados na ideia do instituto.

Todavia, entendemos que, a partir do momento em que o procedimento para o oferecimento da transação penal não é rigorosamente seguido (feito em audiência, na presença do ministério público, juiz, autor do fato e defensor – cada um cumprindo o seu papel), aí sim o instituto se reveste de inconstitucionalidade.

Isso porque, cai por terra toda a ideia da negociação penal e da livre escolha do autor do fato em aderir ou não à proposta, se transformando em uma mera antecipação da pena, que o réu aceita sem o menor protagonismo, apenas para se livrar de um processo penal justo por receio (medo) de suas consequências.

Dessa forma, é de suma importância buscarmos compreender como acontece na prática o procedimento de oferecimento da transação penal, para observarmos se nesse instituto negocial estão sendo garantidos os direitos que a lei minimamente lhe conferiu. Diante disso, traçamos o objetivo dessa pesquisa.

## **2. A TRANSAÇÃO PENAL NA PRÁTICA: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO INSTITUTO**

Adentraremos agora na parte empírica do nosso estudo.

Exporemos aqui a forma como se realizou a nossa coleta de dados, as dificuldades encontradas e principalmente os resultados obtidos. Optamos por fazer uma pesquisa quali-quantitativa para ilustrar melhor os resultados, bem como para fundamentar mais precisamente os nossos argumentos.

Ao fim, propomos uma análise a luz da doutrina já exposta, com o intuito de fomentar o debate.

### **2.1. A COLETA DE DADOS**

Para iniciarmos a coleta de dados, pensamos em constituir uma amostra, tendo em vista que o intuito inicial da pesquisa era fazer uma análise puramente quantitativa, trabalhando com todos os tipos de crime que tramitassem nos juizados. Faríamos, assim, uma delimitação de tempo e de número de processos para constituir nossa amostra.

Com base nisso, em consulta realizada em 26 de maio de 2019, verificamos que tramitava nas quatro varas dos sistemas dos juizados<sup>163</sup> um total de 4.300 processos, sendo: 1149 processos – 1ª vara; 1031 processos - 2ª Vara; 1072 processos ativos - 3ª Vara e 1048 processos 4ª Vara.

Todavia, em que pese o grande número de processos que poderiam ser estudados nessa análise quantitativa, encontramos como obstáculo o sistema de filtro do PROJUDI que, ao menos para a minha senha de advogada, não permitiu a aplicação para além das primeiras páginas da filtragem<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Na Comarca de Feira de Santana houve uma mudança de nomenclatura em razão da unificação e redistribuição dos Juizados, transformando-se em 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas do Sistema dos Juizados conforme a Resolução nº 19 TJ/BA.

<sup>164</sup> A partir da segunda página o filtro não mais se aplicava, aparecendo todos os tipos de processos que tramitavam perante os juizados (cíveis, consumidor, criminal) e em todas as fases (conhecimento, execução,

Dessa forma, aplicamos os filtros “vara” (exemplo: 1ª vara dos sistemas dos juizados - FEIRA DE SANTANA) e “competência” (Juizado Especial Criminal - Feira de Santana) e trabalhamos com os processos que apareciam nas primeiras páginas do âmbito do Jecrim, perfazendo um total de 47 processos.

Se por um lado a amostra coletada foi diminuta, por outro ganhamos em poder ampliar as variáveis a serem observadas, aprofundando a análise. Além disso, dos processos coletados, pensamos em extrair um deles para fazer uma espécie de estudo de caso<sup>165</sup>.

Assim, a partir dos processos colhidos, foi elaborada uma tabela-geral com as seguintes variáveis<sup>166</sup>:

1. Informação geral: com informações básicas do processo. Se subdivide em:
  - a. Vara
  - b. Número do processo
  - c. Crime – buscamos identificar se há relação entre o tipo de crime e a pena ofertada e para testar nossa hipótese.
2. TP em parecer inicial: identificamos que na maior parte dos processos estudados, a proposta de transação penal era feita por meio de manifestação escrita do ministério público. Ou seja, o termo circunstanciado, na maior parte das vezes, já era encaminhado para a vara junto com esse manifestação escrita do Ministério Público ofertando ou não a transação penal. Essa variável de subdivide em:

---

carta precatória), assim a pesquisa sem a aplicação do filtro seria inviável, considerando-se o grande número de processos (mais de 47.000 no total) e o tempo da pesquisa.

<sup>165</sup> Chamamos atenção que não será utilizada a metodologia do estudo de caso propriamente dita, mas sim um aprofundamento em um caso que nos chamou atenção e que reputamos ser mais ilustrativo para o objetivo da pesquisa.

<sup>166</sup> A tabela geral pode ser verificada no anexo.

- a. Qual promotor – aqui objetiva-se observar se há relação entre o tipo de pena ofertada e o membro que a oferta.
  - b. Pena oferecida – objetiva-se verificar se há algum tipo de pena que é mais oferecida em detrimento de outras.
  - c. Novo promotor – essa variável foi criada por conta de um caso específico em que o promotor *ab initio* se manifestou requerendo diligências e, após o cumprimento das diligências outro membro do MP ofereceu, também em manifestação escrita, a proposta de pena a ser transacionada.
  - d. Tempo e quantidade da pena – objetiva-se verificar se as penas ofertadas são razoáveis em tempo e em quantidade.
3. Informações do processo: aqui definimos algumas variáveis para observar se influenciariam nos termos da proposta de transação penal, bem como se houve ou não denúncia.
- a. Gênero do autor
  - b. Cor do autor
  - c. Grau de escolaridade do autor
  - d. Denúncia
4. Audiência preliminar: essa variável reputamos ser uma das mais importantes, tendo em vista que foi pensada justamente para verificarmos como ocorre na prática o procedimento do oferecimento da transação penal, se há o respeito aos termos legais ou não. Se divide em:
- a. Partes que compareceram
  - b. Se teve advogado

- c. Qual promotor
  - d. Quem presidiu – juiz de direito, juiz leigo ou conciliador
5. Transação Penal – objetivamos identificar aqui como ocorre o oferecimento da transação penal no local em estudo. Se divide em:
- a. Oferecimento - como é feito o oferecimento.
  - b. Negociação – se há negociação.
  - c. Pena aceita – se a pena é aceita e qual.

Essas variáveis foram pensadas com o escopo de orientar a pesquisa para a obtenção dos resultados, bem como na elaboração das análises posteriores.

Dessa forma, pudemos extrair dos processos as informações necessárias para análise do nosso objeto de estudo, qual seja: a transação penal nos juizados especiais criminais.

## 2.2 COMO É FEITA A NEGOCIAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL NA CIDADE DE FEIRA DE SANTANA/BA?

Como já tratamos no capítulo anterior, a Lei nº 9.099/95 dispôs sobre como deve ser feito o procedimento de oferecimento da proposta de transação penal pelo Ministério Público ao autor do fato.

Segundo a lei, no art. 72, a proposta deve ser feita em audiência preliminar, estando presentes o membro do ministério público – que oferecerá a proposta; o juiz – que fiscalizará o ato e alertará quanto a possibilidade de transigir; e o autor do fato acompanhado de seu defensor constituído – ao defensor incube orientar e informar o autor do fato que aceitará ou não a proposta de aceitação da pena.

Ressalta-se também, que a doutrina entende ser possível que o autor do fato ofereça uma contraproposta, afinal, estamos falando de uma negociação penal. Não seria

outro, portanto, o espírito da lei, tendo em vista o modelo consensual que orientou a criação do instituto no Brasil.

Todavia, observando os processos na amostra coletada, percebemos que o mandamento legal não é integralmente obedecido na prática.

De cara, ao abrir os processos, verificamos que o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), ao ir para o juizado, já vem com uma manifestação escrita do ministério público, no qual ele se manifesta sobre o arquivamento, pedido de diligências ou oferece uma proposta pronta de transação penal. Assim vejamos:

**TABELA 1: MANIFESTAÇÃO ESCRITA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRANSAÇÃO PENAL EM PARECER**

TP em parecer		
Sim	22	47%
Não	25	53%
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>100%</b>

Fonte: coleta de dados da pesquisa

Pela tabela 1 verificamos que em vinte e dois processos (n = 47) o ministério público já ofereceu a transação penal mesmo antes da audiência. Quando observamos o porquê dos demais processos não irem para a vara com a proposta, verificamos que o ministério público se manifesta também pelo pedido de arquivamento por atipicidade ou ausência de justa causa, faz pedido de diligências ou, quando o processo é de ação penal privada, ele não se manifesta de imediato. Assim vejamos:

**TABELA 2: MOTIVO DO NÃO OFERECIMENTO DA TP EM PARECER**

Motivo do não oferecimento da TP em parecer		
Por Pedido de Arquivamento por Atipicidade	8	32%
Ação Privada	1	4%
Ausência de Justa Causa	8	32%
Pedido de Diligências	6	24%

Pedido de Prescrição	2	8%
<b>Total</b>	<b>25</b>	<b>100%</b>

Fonte: coleta de dados da pesquisa

O oferecimento da proposta de transação penal de forma antecipada nos autos nos preocupa, porque percebemos que ela é feita de forma genérica, não havendo possibilidade de especificação e individualização da pena. Percebemos somente que algumas vezes a quantidade de pena variava a depender do crime, com o valor do salário mínimo a ser pago ou a quantidade de horas para prestar os serviços à comunidade, por exemplo. No entanto, a proposta de “acordo” é desprovida da verificação das características do autor do fato (art. 59, CP) e de suas aptidões (art. 46, §3º, CP) além de, obviamente, ferir de morte o sentido negocial do instituto.

Se por um lado verificamos que a proposta de transação penal já é antecipada<sup>167</sup> - o que fere de morte a negociação penal, descumprindo, portanto, o dispositivo legal -, por outro verificamos que ao menos há um cuidado da instituição em apenas oferecer a proposta em casos de não arquivamento, conforme ordena o art. 76 da lei dos juizados: “(...) não sendo caso de arquivamento o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Um fato que nos chamou atenção na observação dessas informações, é que, desses vinte e cinco processos, treze (mais de cinquenta por cento) diziam respeito aos crimes dos art. 329, 330 e 331 do Código Penal, ou seja, os crimes de resistência, desobediência e desacato. Para os membros do ministério público, esses TCOs careciam de um lastro probatório mínimo, necessitavam de diligências ou mesmo o fato narrado era atípico. Podemos observar essa constatação pela seguinte representação:

**TABELA 3: CRIMES E PROCESSOS SEM TP**

Crime	Quantidade	Motivo
129 CP	2	Pedido de Diligência (Não Tinha Laudo)

<sup>167</sup> Uma antecipação da proposta de antecipação de pena.

147 CP	3	Ausência de Justa Causa
	1	Ausência de Atipicidade
309 CTB	2	Ausência de Justa Causa
	1	Prescrição
	1	Atipicidade
349-A CP	1	Ausência de Pressupostos para TP
50 LCP	1	Prescrição
329, 330, 331, CP	5	Ausência de Justa Causa
	4	Pedido de Diligência
	4	Pedido de Arquivamento

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Continuando a observação sobre como se dá o procedimento para o oferecimento da transação penal na comarca de Feira de Santana/Ba, verificamos na amostra coletada que o Ministério Público compareceu em apenas 6% das audiências (n = 3). O autor do fato, por sua vez, compareceu em 36% das audiências (n = 17)<sup>168</sup>.

Das dezessete audiências em que os autores do fato compareceram, em nove delas eles estavam acompanhados por defensor constituído, em cinco o presidente da audiência (juiz ou conciliador) se preocupou em constituir um advogado para o ato (ad hoc) e em três delas sequer foi nomeado para o autor do fato um advogado para lhe acompanhar na audiência.

Identificamos, ainda, que das audiências que ocorreram, vinte e duas delas foram presididas pelo conciliador e apenas duas foram presididas por juiz de direito. Os dados foram simplificados e extraídos da tabela abaixo:

---

<sup>168</sup> Considerando que no universo coletado apenas 23 audiências ocorreram.



**TABELA 4: PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA**

Procedimento da Audiência								
COMPARECIMENTO EMAUDIÊNCIA			ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO			QUEM PRESIDIU		
MP e Autor Compareceram	2	4%	Constituído	9	19%	Juiz de direito	2	4%
MP Compareceu Autor Não	1	2%	Ad hoc	5	11%	Juiz leigo	0	0%
Nem MP Nem Autor Compareceram	3	6%	NÃO	3	6%	Conciliador	22	47%
Autor Compareceu MP Não	12	26%	Não teve aud. + autor não compareceu	30	64%	Ainda Não Ocorreu	23	49%
Autor e Vítima Compareceram MP Não	3	6%	Total	47	100%	Total	47	100%
Autor, Vítima e MP Compareceram	0	0%						
Vítima Compareceu Autor e MP Não	2	4%						
Não Ocorreu	24	51%						
Total	47	100%						

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Diante desse quadro uma pergunta deve ser feita: quem oferta a proposta de transação penal tendo em vista que, como identificado, o Ministério Público, via de regra, não participa da audiência preliminar?

Verificamos que, diante da ausência do membro do Ministério Público para ofertar a proposta de transação penal, é o conciliador quem fica delegado para essa missão. Dessa forma, durante a audiência preliminar ele lê a proposta elaborada previamente pelo *parquet*.

Ressaltamos que nesse “procedimento” o conciliador<sup>169</sup> sequer presta algum esclarecimento para o autor do fato sobre a possibilidade de negociação da proposta de pena antecipada. Assim, em um papel de executor, identifica a proposta e a faz. Para efeito ilustrativo extraímos dos termos de audiência alguns trechos da manifestação do conciliador: “feita a proposta de transação penal nos termos abaixo:”; “verifico a presença de parecer do Ministério Público informando que apresenta proposta de transação penal nos seguintes termos”.

<sup>169</sup> Pelo art. 7º da Lei nº 9.099/95 os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da justiça, recrutados os primeiros (conciliadores), preferentemente, entre os bacharéis em Direitos, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. São, portanto, pessoas dotadas de conhecimento jurídico que, na função em que ocupam, deveriam prestar esclarecimentos às partes presentes, e não apenas servir de executor dos membros do ministério público das funções que estes deixam de prestar.

Percebemos, ainda, que talvez para dar um falso ar de protagonismo e escolha para o autor do fato, em algumas das propostas de transação penal feitas em manifestação escrita, havia duas opções de pena para que o autor do fato escolhesse uma daquelas para lhe ser antecipada. Exemplo: “pena pecuniária no valor de 1 salário mínimo OU prestação de serviços, por 3 meses, 8h/semana”; “pena pecuniária R\$ 450,00 OU Prestação de Serviços à Comunidade durante 2 meses, por 5h/semana”; pena pecuniária 1 salário mínimo; OU Prestação de Serviços à Comunidade por 1 mês 7h/semana”.

Tal postura, todavia, não pode jamais ser confundida com uma negociação penal, sendo na verdade uma burla à ideia de consenso. Nesse sistema não há paridade e equilíbrio entre as partes, mas sim o protagonismo exclusivo do Ministério Público que sequer se faz presente, injetando uma proposta pré-pronta para que o autor do fato apenas escolha a que lhe parece menos pior dentre ser denunciado, pena pecuniária ou prestação de serviços, por exemplo.

Para sintetizar o acima exposto, trazemos a tabela 4 com as informações sobre o oferecimento da transação penal.

**TABELA 5: OFERECIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL**

<b>Oferecimento da transação penal</b>		
Não oferecida (***)	2	4%
Oferecida em Parecer	12	26%
Oferecida em Parecer, mas Houve Composição Civil	2	4%
Não Ocorreu Audiência	31	66%
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>100%</b>
(***) - 01 reincidente (faltou pressuposto para a TP); 01 processo já foi prescrito para a vara.		

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

Interessante colocar aqui, que modelo semelhante a esse encontramos no Rio de Janeiro, segundo a pesquisa de Vera Almeida (2014, p. 20). Disserta a pesquisadora que identificou que:

“(...) nesses casos, a primeira audiência (preliminar ou conciliatória) se caracterizou como ato realizado, exclusivamente, pelos conciliadores, mas quando os acusados não aceitavam a transação penal (previamente formulada nos autos), esta mesma audiência era então repetida, algum tempo depois, pelos promotores de justiça. Esta segunda audiência preliminar foi denominada pelo campo de “especial”, embora possuísse a mesma finalidade da primeira”.

De igual forma, em uma pesquisa realizada no Juizado Especial Criminal de Imperatriz, no Maranhão, foi identificado que a maior parte das transações penais são redigidas previamente pelo Ministério Público, sem considerar as individualidades do caso concreto. Nas palavras do autor “(...) boa parte das propostas feitas em manifestação escrita, anterior à audiência preliminar apresenta, basicamente, os mesmos parâmetros, mesmo quando no TCO há informações sobre a ocupação do suposto autor do fato” (Carvalho, 2016, p. 93).

Outro fato que nos chama atenção e nos preocupa é que, conforme a tabela 3, em três das vinte e quatro audiências que ocorreram, o autor do fato estava desacompanhado de advogado constituído e sequer foi-lhe nomeado um defensor para acompanhá-lo.

Como expomos no capítulo anterior, o advogado tem a função fundamental de orientar e informar o autor do fato quanto aos seus direitos, quanto as possibilidades de sua defesa, esclarecendo se seria ou não vantajoso os termos da proposta feita, bem como direcionar, se for o caso, a negociação da pena em nome do autor do fato. Afinal, estamos falando de um autor do fato que não possui conhecimento jurídico, está fragilizado pelas circunstâncias e que está na eminência de abrir mão do processo penal e de suas garantias, para aceitar uma pena antecipada, sem processo.

Percebemos, todavia, que mesmo naqueles processos em que houve o acompanhamento do advogado, principalmente quando falamos em defensor nomeado para o ato (ad hoc), nos pareceu que essa necessária orientação jurídica ficou mitigada. Isso porque, em apenas dois dos quatorze processos em que os advogados acompanharam o autor do fato na audiência, a proposta de transação penal não foi aceita, e em apenas um deles o advogado requereu a ocorrência da prescrição. Em nenhum caso houve negociação da pena antecipada ou ao menos o pedido para a negociação.

Podemos sintetizar essas informações nas seguintes tabelas:

**TABELA 6: NEGOCIAÇÃO PENAL**

<b>Houve Negociação?</b>		
Não	14	30%
Sim	0	0%
Composição Civil	2	4%
Não Ocorreu Audiência	31	66%
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>100%</b>

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

**TABELA 7: ACEITAÇÃO DA PENA ANTECIPADA**

<b>A Pena foi Aceita?</b>		
Sim	10	21%
Não (***)	2	4%
Composição Civil	2	4%
Não TP Pela Reincidência (impedimento, art. 76, §2º)	1	2%
Processo prescreveu - advogado requereu	1	2%
Não Ocorreu	31	66%
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>100%</b>
(***) - Em um dos casos, a transação penal não foi aceita na audiência preliminar. Todavia, na audiência de instrução, após a denúncia, foi refeita a proposta de antecipação da pena, a qual foi aceita <sup>170</sup> .		

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

<sup>170</sup> Traremos esse caso no tópico seguinte.

Por fim, apenas a título de complementação, verificamos na amostra coletada, que informações quanto ao gênero, cor e grau de escolaridade parecem não influenciar na proposta de transação penal. Aliás, percebemos que em muitos TCOs essas informações não se fazem presentes.

**TABELA 8: COR DO AUTOR DO FATO**

COR		
Branca	1	3%
Parda	12	30%
Negra	3	8%
Não consta	31	78%
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>100%</b>

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

**TABELA 9: GÊNERO DO AUTOR DO DATO**

GÊNERO		
Masculino	36	77%
Feminino	5	11%
Não consta	6	13%
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>100%</b>

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

**TABELA 10: GRAU DE ESCOLARIDADE DO AUTOR DO FATO**

GRAU DE ESCOLARIDADE		
Alfabetizado	1	2%
Fundamental Incompleto	4	9%

Fundamental Completo	1	2%
Médio Incompleto	3	6%
Médio Completo	4	9%
Não consta	32	68%
Superior incompleto	1	2%
Superior completo	1	2%
<b>Total</b>	<b>47</b>	<b>100%</b>

Fonte: Coleta de dados da pesquisa

De todo o exposto, verificamos, a partir da amostra coletada, que o procedimento para a oferta da transação penal, tal como a lei ordena, não é cumprido.

Isso porque, percebemos que, via de regra, o Ministério Público não participa da audiência preliminar, o que inviabiliza a negociação penal. Observamos ainda que o juiz, de igual modo, não se faz presente na maioria dos casos – não fiscaliza o procedimento –, sendo a audiência presidida pelo conciliador que, aliás, é quem apresenta a proposta previamente elaborada pelo *parquet* ao autor do fato o qual, ainda, nem sempre tem a devida assistência de um defensor.

Por conta disso, a pena não é negociada, mas sim oferecida pelo Ministério Público previamente por meio de parecer, sem a devida especificação, individualização e adequação ao caso concreto e às características pessoais do autor do fato.

Em substituição ao modelo consensual disposto na lei e defendido pela doutrina, foi criado um procedimento aberrante que não tem a mínima preocupação com a verdade por trás do caso e com os direitos do autor do fato, mas meramente com a celeridade do processo e com a vontade de se dar uma resposta para o caso.

Tecemos aqui duras críticas sobre o que é dar “uma resposta ao caso”. Isso porque percebemos que a preocupação primordial dos atores jurídicos é meramente com a finalização do processo. Os direitos do autor do fato e mesmo o efetivo cumprimento da pena que lhe é imposta parecem não importar. Afinal, como garantir que o autor do fato cumprirá a pena antecipada se se desconhece a realidade daquele indivíduo? O *parquet* pode, por exemplo, propor o pagamento de prestação pecuniária em um valor que o autor

do fato, pelas suas condições, jamais irá cumprir, mas que ele vai aceitar por acreditar que é um “benefício” para ele.

Esse pesquisa, sem dúvidas, dialoga com outra que foi realizada no mesmo *locus* nos anos de 2015-2016 que se restringiu a pesquisar os processos relativos ao art. 28 da Lei de Drogas. Na referida pesquisa foi identificado que o Ministério Público não compareceu em 43% (n = 105) das audiências estudadas (n = 242) e, de igual forma, o TCO já era encaminhado com a prévia proposta de transação penal por meio de manifestação escrita (Teles, 2018, p. 104). Como a citada pesquisa se utilizou também das entrevistas, pode-se se extrair das falas dos entrevistados algumas considerações sobre tal postura. Quanto a isso, a autora resumidamente traz que:

“Podemos perceber que há entre os atores uma preocupação muito grande com a otimização e racionalização do processo, do tempo do promotor de justiça e do judiciário. A preocupação com o autor do fato e com as possibilidades de ele cumprir a transação penal só apareceu na fala de um dos entrevistados. A negociação da transação penal, por sua vez, que deveria ser um momento importante no processo - quando o autor do fato e o titular da ação penal, com supervisão do juiz, negociariam a proposta oferecida pelo ministério público, buscando as possibilidades de o autor do fato cumprir a medida -, não é efetivada. Apenas um ator considerou participar das audiências preliminares, reforçando a importância desse momento para o autor do fato e para o judiciário. Assim, a negociação da transação penal no processo acaba sendo inexistente, um meio apenas de dizer ao autor do fato: “aceite ou será denunciado”. (Teles, 2018, p. 112)

Assim, confirmamos a nossa primeira hipótese de pesquisa: não existe negociação da transação penal para qualquer crime, ela é proposta e a parte aceita ou é denunciada.

Quanto à segunda hipótese, “existe negociação da transação penal, mas ela é seletiva, apenas para alguns crimes”, percebemos que ela não se confirma. Isso porque, não identificamos dentro do núcleo estudado qualquer possibilidade de negociação da transação penal, independentemente do crime supostamente cometido pelo autor do fato.

Ressaltamos que, conforme pode ser visualizado na tabela geral<sup>171</sup>, na aba crime, percebemos uma variedade de tipificações penais imputadas aos autores dos fatos, tais como lesões corporais, crimes de trânsito, crimes do estatuto do torcedor, contravenções penais, crimes de desacato e outros. Em nenhum deles, todavia, houve predileção dos membros do ministério público para viabilizar uma negociação penal em detrimento de outros.

Em relação à terceira hipótese, “existe negociação a depender do membro que atua no processo” identificamos que dentro da amostra estudada essa hipótese também não se confirmou. Conforme se depreende da tabela geral, independentemente do promotor que atuou no processo<sup>172</sup>, não houve a viabilização do modelo consensual.

Por fim, no que tange à hipótese quatro “não existe negociação, pois é uma posição institucional”, não pudemos verificar. O corpo empírico formado bem como a metodologia adotada não se mostrou suficiente para afirmar que a ausência de negociação penal no Jecrim é uma imposição institucional. O que percebemos, todavia, é que esta parece ser sim uma prática comum, pois além da amostra<sup>173</sup> não demonstrar um procedimento diferente, não foi identificado qualquer estranheza no procedimento por aqueles que conduziam as audiências - os conciliadores.

Assim, a partir da amostra coletada, tivemos os seguintes resultados:

- A transação penal, quando não é hipótese de arquivamento, é oferecida antes da audiência, por meio de manifestação escrita. Ou seja, é elaborada sem qualquer contato com as partes.
- O Ministério Público, via de regra, não se faz presente na audiência preliminar, o que logicamente inviabiliza a negociação penal.
- A assistência do advogado na audiência preliminar, via de regra, parece ser deficiente, sem a devida atenção para a orientação. Ou essa seria uma malfadada

---

<sup>171</sup> A tabela-geral consta no anexo dessa pesquisa.

<sup>172</sup> Identificamos os promotores como P1, P2, P3, etc., para preservar o anonimato na pesquisa. Essa informação pode também ser verificada na tabela-geral anexada.

<sup>173</sup> Assim como a amostra da pesquisa realizada em 2015-2016.



“estratégia de defesa”?

- É o conciliador quem, via de regra, preside a audiência e oferece a transação penal já elaborada pelo *parquet*. Nesse procedimento, não foi identificado qualquer esclarecimento, exercendo este um papel de mero executor da “delegação” que lhe é dada.
- A negociação penal é inviabilizada. Não há equilíbrio e equidade entre as partes. Ao autor do fato cabe apenas aceitar a pena imposta<sup>174</sup>.
- Na maior parte dos casos a pena é aceita<sup>175</sup>.
- Informações como cor, gênero e grau de escolaridade parecem não influenciar na pena oferecida nem na viabilidade de negociação penal.

Para ilustrar a nossa pesquisa, trazemos um caso que nos chamou atenção e que foi extraído da amostra coletada.

### 2.3. UM CASO POR TRÁS DOS NÚMEROS

Faremos aqui a exposição de um caso que nos chamou atenção na coleta dos dados. Não utilizaremos a metodologia do estudo de caso na sua forma pura, com todas as suas nuances e complexidade metodológica. Utilizaremos sim o caso para ilustrar nosso argumento, como uma estratégia a complementar nossa pesquisa. Assim, a partir do registro descritivo, pretendemos tecer uma análise sobre o caso e o objeto de nossa pesquisa.

---

174 Entendemos que podemos falar em imposição de pena já que não é vislumbrada qualquer possibilidade de contestação, a não ser a recusa.

175 Seria ela vendida como um benefício para o autor do fato para acabar logo com o processo? Não pudemos comprovar empiricamente essa hipótese, tendo em vista que não fizemos uma pesquisa etnográfica nem participativa, mas acreditamos ser um interessante questionamento. Buscaremos aprofundar essa indagação no caso apresentado no tópico a seguir.

Ao abrir o processo, identificamos um termo circunstanciado que imputava ao autor do fato "A" a prática do crime do art. 331, o Código Penal – desacato. Ao compulsar a peça, identificamos a versão do condutor e também vítima Major "M1" que narrava estar em ronda pela cidade quando observou um veículo que estava em fila dupla em determinada rua, quando solicitaram que o veículo fosse retirado da pista dupla. Afirmo o condutor que o veículo saiu da pista dupla e "outro senhor se aproximou para dificultar o trabalho dos Policiais Militares, alegando que iria processar os policiais, bem como xingando os Policiais Militares". Afirmou ainda em sua narrativa que o autor do fato dissera que "os policiais não o conheciam e que iriam ver quem era ele, que o acusado demonstrava estar fazendo uso de bebida alcoólica e foi preciso usar o uso da força para imobilizá-lo e levar até a Depol para que as providências fossem tomadas".

Ao observar o depoimento do segundo condutor e também vítima Major "M2", bem como do Capitão "C1" – prestado em conjunto, na mesma peça-, verificamos a narrativa idêntica à prestada pelo primeiro condutor.

Logo em seguida, no depoimento do autor do fato "A", verificamos a seguinte narrativa:

"alegou que não houve desacato e que o veículo que estava em pista dupla foi o solicitado pelo declarante que por estar fazendo uso de bebida alcoólica teria saído de casa de táxi e ao final depois de consumir bebida alcoólica teria solicitado o veículo para deixá-lo em casa; que alega que não houve desacato e que houve abuso de poder porque foi agredido moralmente e algemado sem necessidade; que o Major teria ameaçado o declarante dizendo que iria dá sumiço nele; que não destratou os Policiais Militares e quer saber porque foi conduzido a esta Depol sem dá motivos e nada mais disse encerro termo que vai devidamente assinado".

Não houve pedido de exames periciais. O autor do fato prestou compromisso de comparecer ao juizado e foi liberado (Art. 69, parágrafo único, Lei nº 9.099/95).

Em parecer sobre o termo circunstanciado, o membro do Ministério Público se manifesta nos seguintes termos:

"(...) verificada a inexistência de antecedentes criminais e de qualquer outro fato impeditivo, sendo duas as possibilidades de pena restritiva de direito:

- 1) prestação pecuniária, na forma do art" 43, inc. I, c/c art. 45, §1º, ambos do CP, em montante compreendido entre 01 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos, sugerindo-se, desde já a quantia de 03 (três) salários-mínimos, com parcelamento em até 06 (seis) vezes, destinada a entidade cadastrada perante o CEAPA;
- 2) prestação de serviço à comunidade, conforme art. 43, inc. IV, c/c art. 46, §3º, do CP, durante 06 (seis) meses, por 06 (seis) horas semanais, em instituição a ser indicada pelo CEAPA."

Na audiência preliminar, o autor do fato estava presente juntamente com seu advogado constituído. O Ministério Público estava ausente, sendo a audiência presidida pela conciliadora, o qual informou ao autor do fato a existência da proposta de transação penal, sendo esta recusada. Nas palavras do advogado de defesa "requer que sejam instruídos os presentes autos visto que o suposto autor do fato não aceita a presente proposta de transação penal porque entende que o mesmo não foi causador do fato alegado pelo autor da ação, motivo esse que foi alegado por resultar no desacato à autoridade, pede deferimento".

O processo foi encaminhado para o Ministério Público para que este se manifestasse, tendo o mesmo oferecido a denúncia, apresentando no rol de testemunhas as vítimas "M2" e "C1".

A resposta à acusação foi apresentada pela defesa alegando, dentre outros fatos que:

"O comandante falou: 'O motorista do taxi está esperando ele acabar de beber?'. E os policiais desceram da viatura. O comandante mandou o Autor ir embora para casa. O Autor questionou por qual motivo, e ele respondeu que ele estava obstruindo a via pública. O Autor respondeu que não era o dono do taxi, que não era o motorista do taxi e que fosse abordar o motorista do taxi, e não a ele. O comandante insistiu que o Autor deveria ir naquele exato momento

embora daquele local. O Autor respondeu que não iria e ao tentar retornar para o estabelecimento foi informado, pelo comandante, de que eu estava preso por desacato à autoridade. E ordenou que os policiais o colocassem na viatura. O Autor respondeu dizendo: 'Isso é um absurdo, um abuso de autoridade', e o comandante ordenou que lhe algemassem, e que fosse conduzido ao 'camburão'. O Autor voltou a afirmar que aquilo era um absurdo, e lhe falando: 'Sou em cidadão de bem, sou um empresário, não sou um delinquente' 'O senhor está sendo arbitrário'.

A audiência de instrução foi designada e estavam presentes o representante do ministério público, o autor do fato acompanhado de seu advogado, sendo presidida pela juíza de direito. Conforme consta no termo da audiência, a representante do Ministério Público renovou uma das duas propostas de transação penal – pagamento de três salários mínimos destinada à entidade cadastrada perante o CEAPA. O autor do fato, por sua vez, "concorda proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público. No mesmo sentido, o advogado do Autor do fato aceitou a proposta".

Sem tecer qualquer juízo de mérito sobre o caso, vamos analisar o procedimento seguido.

Primeiro, conforme já verificado, percebemos que a proposta de transação penal já vai pronta dentro do processo. Nesse momento, no caso em análise, a proposta foi feita com duas opções: pagamento de pena pecuniária ou prestação de serviços à comunidade. Tal proposta, todavia, não foi aceita, na audiência preliminar, pelo autor do fato e seu advogado, por discordarem do fato delituoso, expondo as razões disso em sua resposta à acusação.

Interessante notar, todavia, que em um segundo momento, já na audiência de instrução, agora sim, na presença do ministério público e do juiz, a transação penal é novamente renovada. No entanto, notem que, ao invés de haver a ampliação dos direitos do réu, tendo em vista que agora sim a negociação poderia ser efetivada – presente o membro do MP – as possibilidades do acusado são, ao revés, reduzidas, sendo oferecida apenas uma possibilidade de cumprimento da pena antecipada. E pior, é nesse momento que o autor do fato aceita a "proposta de transação penal", com o aval de seu advogado

constituído e sob os olhos do juiz, que cabendo fiscalizar o “consenso” em nada se manifesta<sup>176</sup>.

Percebam ainda que essa proposta foi renovada em uma audiência de instrução. Ou seja, já havia a denúncia e a ação penal já estava instalada. Em outras palavras: ao réu caberia todas as garantias do processo penal justo, com a produção de provas, respeito ao contraditório, a ampla defesa, ao devido processo, tudo em “busca da verdade”, sendo que, ao final, caso a acusação não conseguisse reunir provas suficientes para a condenação, o réu deveria ser absolvido (art. 386, I, VII, CPP) sem nada a pagar ao Estado, em observância do princípio probatório do *in dubio pro reo*.

Além disso, nos parece um tanto estranho a tentativa de transação penal após o oferecimento da denúncia. Ora, pelo teor da súmula vinculante 35 “a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”<sup>177</sup>. O que faria então o Ministério Público nesse caso? Seria possível uma nova denúncia para o mesmo fato? E como ficariam os direitos do réu? E se nessa nova suposta oportunidade o réu quisesse prosseguir com a instrução para provar a atipicidade do fato ou sua inocência? Não encontramos nada semelhante na doutrina que respondesse as nossas indagações.

Identificamos casos semelhantes em outras experiências empíricas realizadas no Brasil. Em uma pesquisa realizada no âmbito dos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro, por exemplo, a pesquisadora Vera Almeida acompanhou as audiências de conciliação dos juizados e teve, dentre vários outros resultados, que a “transação penal, instituto inserido no nosso sistema processual penal com a finalidade de consensualizar a solução do conflito, não é vista desta forma” (p. 112).

---

<sup>176</sup> É aqui que consiste a crítica de Aury Lopes Júnior (2017, p. 783) “o modelo de justiça negociada (e consensualizada) representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo. A lógica da *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como um interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito”. Para o autor, ainda, esse argumento de afastamento para se efetivar o consenso não deve subsistir, tendo em vista que na prática não há justa negociação, havendo isso sim um protagonismo da acusação.

<sup>177</sup> Grifos nossos.

Dentro do denso corpo empírico da pesquisa, a autora trouxe em seu texto<sup>178</sup>, como exemplo, um caso de uma das audiências que ela acompanhou. Segundo conta, o autor do fato entregou seu documento de identificação à conciliadora e começou a contar a sua versão dos fatos, que transcrevemos a seguir:

“No dia do fato estava „pegando carona “no carro de um amigo, após o expediente de trabalho e que ao chegar próximo a minha residência, nós avistamos uma blitz policial, realizando a operação denominada de Lei Seca. Como já havíamos combinado, este amigo passaria a noite em minha casa, pois no dia seguinte a gente ia viajar bem cedo à trabalho... (pausa) O meu amigo teve que estacionar o carro dele em uma vaga na rua, porque lá em casa não tem garagem e quando acabamos de descer do veículo fomos abordados por dois policiais, apontando suas armas para nós dois... (pausa) Eles chegaram gritando, mandando a gente colocar a mão na cabeça e nos revistaram... (pausa) Eu fiquei revoltado com isso, porque estava cansado e achei que eles estavam exagerando, por isso disse aos policiais que eles deveriam estar ‘correndo atrás de bandidos e não incomodando pessoas trabalhadoras e honestas como eu e o meu amigo’ e, por esta razão, um dos policiais disse que aquilo era desacato e quis me obrigar a fazer o teste do bafômetro, mesmo eu avisando que não era eu quem estava dirigindo o veículo... (pausa) Por isso, ele me deu voz de prisão e me levou pra delegacia.” (p. 104).

Narra a pesquisa, que em que pese a explanação do autor do fato, a única resposta da conciliadora que presidia a audiência foi: “ Para este caso o promotor de justiça ofereceu 2 (duas) cestas básicas, cada uma no valor de R\$100,00 (cem reais), que poderiam ser pagas, caso seja do seu interesse, de uma só vez.’ (C3)”. Ao ser questionada pelo autor do fato que, com revolta, retrucou a proposta de transação penal, a conciliadora respondeu: “Na minha opinião, acho melhor que o senhor aceite a transação penal, porque, afinal das contas, não ficará registrado em sua folha penal.” (C3)”.

---

178 Para conhecimento e aprofundamento indicamos a leitura do rico trabalho da autora Vera Ribeiro Almeida: *Transação Penal e Penas Alternativas: Uma Pesquisa Empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/21f964298f6154c9e2b64f76ce9de8b8.pdf>

Fazendo uma relação entre a pesquisa supramencionada com a nossa, percebemos que há uma linearidade de tratamento: todas convergem para que o autor do fato aceite a proposta de transação penal.

Entendemos que esse poderia ser um interessante incentivo se a ideia de composição de conflitos fosse justa, consensual e equânime como propõe a lei. Afinal, a Lei nº 9.099/95 seria uma possibilidade de abertura do sistema tradicional em que ao Estado incumbe resolver tudo, para dar maior protagonismo e liberdade às partes de ressignificar os seus conflitos, principalmente ao autor do fato, que conscientemente poderia decidir em prosseguir com a demanda em um processo mais burocrático, no entanto mais garantista ou acabar com o conflito de uma forma mais célere recebendo uma pena restritiva de direitos.

Todavia, identificamos que o procedimento tal como ele se dá na prática não é nem voluntário, nem personalíssimo, nem formal, nem tecnicamente assistido (Bitencourt, p. 124-127)<sup>179</sup>. Percebemos que não há paridade de armas, não há equidade entre as partes e, em resumo, não há justiça consensual.

O ministério público ocupa um papel de protagonista exclusivo, em que elabora previamente uma proposta de transação penal sem sequer ter contato com o autor do fato. Além disso, não participa da audiência de preliminar e, quando presente, na instrução, inviabiliza qualquer oportunidade de negociação com o autor do fato, mostrando, isso sim, quem é que realmente pode “dar as cartas” neste procedimento.

Como bem pontua Vera Almeida (2014, p. 112-113), as práticas dos operadores revestem o ato de matiz intimidatória, de tal forma que o assentimento do jurisdicionado, nestes casos, contraria os discursos jurídicos que compõem a base da formação profissional dos operadores jurídicos. Isso porque, a “autonomia da vontade como caracterizadora da validade de todo ato jurídico” fica mitigada. Como falar em autonomia da vontade se o autor do fato é constantemente levado a aceitar uma antecipação de pena em um processo que, inclusive, muitas vezes, ele quer provar a sua verdade, mas que por medo de enfrentar esse sistema de justiça que lhe é apresentado, toma a decisão de finalizar de imediato o processo?

---

<sup>179</sup> Abordamos as características da transação penal no capítulo anterior.

Ninguém esclarece para esse acusado que não somente ele, mas principalmente a acusação deve provar o alegado e, caso não prove, ele não será condenado. Isso porque, no processo penal brasileiro o in dubio pro réu se transformou em um verdadeiro in dubio contra réu, presumindo-se que quem fala a verdade é a acusação e à defesa cabe provar o contrário. Percebemos que essa realidade se revela também no âmbito dos juizados.

Assim, mesmo que o autor do fato tenha o desejo inicial de seguir com o processo para provar a sua verdade, ele é convencido que “acabar logo com isso” é mais vantajoso, e aceita uma pena antecipada, sem processo, mesmo quando teria a oportunidade de prosseguir em um processo mais garantista.

Essa imagem de que a transação penal é “benefício” para o autor do fato desnatura o instituto e esvazia seu sentido, porque os atores responsáveis pela sua aplicação sentem que estão prestando um favor para o réu, quando, na verdade, estão beneficiando a si próprios, pela otimização do seu tempo, da celeridade na finalização dos processos e por dar um “resultado” para a sociedade.

No entanto, temos que nos questionar: que resultado<sup>180</sup> seria esse? Noronha e tal (2012, p. 157-177) nos convidam para uma interessante reflexão:

“seria a celeridade, por si só, uma solução? Seria, realmente, a morosidade o mais grave dos problemas do nosso judiciário? Eficiência (diminuição de tempo e custos) significa efetividade (a coincidência entre a finalidade pretendida e os resultados alcançados – FERRAZ, 2010)? (...) Até que ponto podemos agir em favor da celeridade sem prejudicar a justiça?<sup>181</sup>

Com essa reflexão, passamos para o último tópico de nossa pesquisa.

#### 2.4. ANÁLISE DA PESQUISA À LUZ DO PROJETO DE LEI ANTICRIME

---

<sup>180</sup> Seria esse o processo de resultados pensado pelos autores antes da criação da lei, como apontou Grinover e tal (1999)?

<sup>181</sup> Sobre o tema, recomendamos a leitura do texto: CELERIDADE OU JUSTIÇA? ANÁLISE EMPÍRICA DE UM JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. Disponível em: <http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/124/147>



Não podemos deixar de dialogar a nossa pesquisa com o recente Projeto de Lei Anticrime<sup>182</sup>, também conhecido como Projeto Moro.

Tal projeto visa a alteração de diversos diplomas legais dentre eles o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de execuções Penais, estabelecendo medidas que, na visão do atual Ministro da Justiça, seriam para combater o crime.

Sem adentrar no todo do projeto, nos atentaremos às “Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade”, que propõe dois institutos: o acordo de não persecução penal e a *plea bargain*.

O primeiro instituto, acordo de não persecução penal, visa a introdução do art. 28-A no Código de Processo Penal com a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática da infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativamente ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao

---

<sup>182</sup> Tomamos como base o projeto extraído do site do ministério da justiça, disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>

delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; e

V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I – for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II – for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para esse fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.

§6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§7º O juiz poderá recusar a homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação prevista no §5º.

§8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§9º a vítima será intimada da homologação do acordo.

§10º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento da denúncia.

§ 11º O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12º A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para fins previstos no inciso III do §2º.

§13º Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§14º Não corre prescrição durante a vigência de acordo de não persecução.

Percebemos que essa previsão tem alguns pontos que se assemelham com a Transação Penal. Primeiro por ser também uma proposta que visa antecipação de pena, sendo essa restritiva de direitos (incisos I a V). Segundo porque a celebração e o cumprimento não constará da certidão de antecedentes criminais (§12).

Em contrapartida, percebemos que o projeto de lei, em tese, amplia a hipótese de incidência da suposta negociação penal, ao estabelecer que será aplicada aos crimes com

pena máxima não superior a quatro anos. Em que pese a ampliação numérica, notamos que poucos são os crimes no código penal e nas legislações extravagantes que comportam pena máxima inferior a quatro anos. Tal hipótese não abarca, por exemplo, o crime de furto, que possui pena máxima igual a quatro anos.

Ainda em relação às diferenças nos institutos, percebemos que o inciso II do parágrafo 2º traz uma limitação à possibilidade de negociação que não consta na Lei nº 9.099/95, ao estabelecer que não será admitida proposta quando “for o investigado reincidente e se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas”. Notamos que essa disposição mitiga a negociação penal como um direito subjetivo do réu e privilegia a imposição de um direito penal do autor<sup>183</sup>. Isso porque cai por terra toda uma análise objetiva do fato e o preenchimento de requisitos também objetivos que são imprescindíveis para a aplicação de um instituto como esse (em consonância com o princípio da legalidade), para, em contrapartida, se imiscuir na análise subjetiva da vida pregressa do autor do fato, baseada, inclusive, em suposições, presunções que “indiquem” conduta criminal habitual.

Notamos ainda que na proposta legislativa em análise parece haver um papel ativo do juiz, que assume as vestes do Ministério Público. Isso porque, no parágrafo 5º é previsto que “se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução”. Ou seja, diferentemente do instituto da transação penal, em que o máximo que o magistrado pode fazer é invocar o art. 28, do CPP quando o Ministério Público discricionariamente resolver não propor a transação penal presentes os requisitos para tanto, enviando os autos ao procurador geral de justiça, aqui, o magistrado devolve os autos ao

---

<sup>183</sup> Segundo André Nascimento Mohamed “Não há na doutrina penalista estudiosa da matéria uma definição consensual acerca do conceito de direito penal do autor, que tem no professor alemão Günther Jakobs, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn sua maior referência. Pode-se afirmar, no entanto, que nesse ramo o que configura o crime é o modo de ser do criminoso, as características de sua personalidade. A punição é justificada pela periculosidade do agente. Partindo-se dessa premissa, os defensores desse tipo de Direito Penal advogam a tese de que não se deve meramente castigar o ato, o fato cometido, isso seria insuficiente. Deve-se, ao contrário, observar-se, para justificar a sanção imposta, a atitude interna jurídica corrompida do criminoso. (...) Na lição de Zaffaroni (2003), com o direito penal do autor surge o chamado tipo do autor, em que será criminalizada a personalidade e não apenas a conduta do agente”. MOHAMED, André. O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro, p. 4. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/andremohamed.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/andremohamed.pdf). Acesso em 12 de agosto de 2019.

Ministério Público para que esse reformule a proposta quando o juiz entender que é insuficiente ou inadequada. Tal disposição é uma afronta ao sistema acusatório e violação aos direitos do réu. Nas palavras de Távora (2019, p.45) “equivoco grave é o juiz tomar a frente para exercer funções de órgão ministerial. Também o inverso não deve ocorrer. O juiz não deve orientar como a acusação deve fazer. Porém, essa conduta do Judiciário que visa preservar a estrutura acusatória é olvidada”.

Por fim, diferentemente do instituto da transação penal, durante o acordo de não persecução a prescrição ficaria suspensa. Aqui não teceremos maiores comentários, mas é imperioso frisar que entendemos que tal dispositivo afronta à segurança jurídica, pois não estabelece um prazo para a suspensão, dando a entender que a todo tempo o réu poderia ser compelido ao cumprimento do acordo.

Quanto ao instituto da *plea bargain* o projeto visa a inserção do art. 395-A, com a seguinte redação:

Art. 395-A: Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§6º Para a homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§7º O juiz não homologará o acordo se a proposta das penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem insuficientes para a condenação criminal.

§8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§10º No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§11º A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

Esse dispositivo do projeto diverge de sobremaneira da atual transação penal, tendo em vista que o “acordo penal” para a aplicação imediata da pena tem como

requisitos a confissão circunstanciada do crime, a sugestão de penas sem parâmetros delimitados e não prevê o direito ao recurso (incisos I, II e III).

Na transação penal, como já pontuamos em capítulo anterior, o autor do fato não precisa confessar o crime a ele imputado, mas sim o acordo está pautado na suposta vontade das partes em finalizar mais rapidamente o processo penal. Na recente proposta legislativa, por sua vez, como bem aponta Aury Lopes (2019) “a negociação está centrada na “confissão”, que volta a ser a rainha das provas no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores”. Isso é preocupante porque, diferentemente do modelo que já possuímos, o réu confessa assumindo, portanto, a culpa, sem haver a instrução probatória e todas as demais garantias de um processo penal.

Quanto ao inciso II vemos que, em que pese o dispositivo trazer no texto que a pena privativa de liberdade será “aplicada dentro dos parâmetros legais”, o dispositivo não informa e não delimita quais parâmetros serão esses, assim como também afirma que haverá a “sugestão de penas em concreto ao juiz”. Essa indeterminação quanto aos parâmetros a serem aplicados, bem como as respectivas penas, fere o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), em especial o subprincípio da taxatividade ao qual o direito penal deve estar subordinado. Assim, diferentemente da transação penal, que prevê devidamente quais crimes estariam sujeitos ao acordo penal (apenas os crimes com pena máxima cominada em 2 anos – art. 61, Lei nº 9.099/95) e a limitação das penas em restritivas de direito (art. 76, Lei nº 9.099/95), a proposta legislativa nos leva a crer que essa negociação penal poderia ser aplicada para qualquer crime e a pena seria cominada ao mero alvedrio do proponente, em grave desrespeito à taxatividade.

Por fim, o inciso III, diferentemente do §5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95 - que prevê a possibilidade de recurso à sentença homologatória do acordo-, traz como requisito para o acordo a renúncia ao direito de recurso. Entendemos que também esse dispositivo fere os direitos do Réu, pois o coloca entre a cruz e à espada: ou se perde a oportunidade de negociar, já que não preenche o requisito se não aceitar essa cláusula, ou se aceita o negócio que pode lhe ser muito desvantajoso, sendo que não terá a possibilidade de recorrer. Devemos considerar que há a possibilidade de os acordos preverem a condenação a pena privativa de liberdade, e que a liberdade é um direito fundamental indisponível. Se até no âmbito do processo civil há a limitação dos termos do negócio

processual aos direitos que admitem composição (art. 190, *caput*, CPC), com muito mais razão deveria tal restrição se impor no processo penal.

Outro ponto que nos chama atenção e que é importante para a discussão aqui colocada é o parágrafo 8º do art. 395-A do projeto de lei, o qual afirma que o acordo homologado é considerado sentença condenatória. Nesse modelo proposto, portanto, o réu poderia abrir mão de sua liberdade e ser necessariamente condenado, com todos os efeitos que a condenação traz (reincidência, maus antecedentes, dever de indenizar, etc.).

O parágrafo 10º do art. 395-A é mais uma questão importante de se destacar, pois traz três disposições que merecem grande atenção. Primeiro, quando o dispositivo estabelece que nos casos em que o “acusado for reincidente ou que havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional<sup>184</sup>, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado”, traz novamente uma verdadeira hipótese de aplicação do direito penal do autor<sup>185</sup>, em detrimento do direito penal do fato. Isso porque, o que está se considerando, na verdade, não é suposta conduta criminal cometida, mas sim a personalidade do acusado, se é voltada ou não para o crime, o que é um verdadeiro retrocesso jurídico-penal. Segundo, a previsão da obrigatoriedade do regime fechado, mesmo que para parcela da pena, está eivada de inconstitucionalidade. Dispositivo semelhante havia na legislação sobre os crimes hediondos que, primeiramente trouxe a previsão da condenação em regime integralmente fechado, sendo esta declarada inconstitucional pelo STF, que ensejou, inclusive, a edição da súmula vinculante 26<sup>186</sup>. A previsão legal substitutiva do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 trouxe uma parecida disposição. Ao instituir a imposição do regime inicial fechado, foi novamente declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do HC 111840 com a fundamentação do conflito com a garantia da individualização da pena — art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Temos uma jurisprudência consolidada no STF

---

184 Grifos nossos.

185 ZAFFARONI-PIERANGELI (1997, p. 119-120):

Um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT

186 Súmula Vinculante 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico



no sentido de que a previsão da imposição obrigatória do regime fechado é inconstitucional por ferir o princípio constitucional da individualização da penal, reiterado, inclusive nos recentes julgados: HC 166855, de 2018 e ARE 1052700, de 2017. Por fim, como terceiro e último ponto desse parágrafo, entendemos que a ressalva das “insignificantes infrações constitucionais pretérita” constitui uma cláusula penal aberta, que não delimita qual o conceito de insignificância é aqui adotado e principalmente a quem faria esse juízo de valor sobre a insignificância, desprovido, portanto, de qualquer segurança jurídica.

Finalmente, como último ponto do projeto legislativo que reputamos relevante para o diálogo com nossa pesquisa, o parágrafo 11º do art. 395-A traz o espírito da voluntariedade ao estabelecer que “a celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial”, mas ao mesmo tempo viola a paridade de armas ao prever que “o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias das infrações penais”.

Em que pese esses dois novos institutos dizerem respeito à negociação penal, percebemos que possuem hipóteses de incidência diferentes, mas ambos nos preocupam em diversos pontos (como pontuado acima). No que tange ao *plea bargain* principalmente, pois amplia as hipóteses normativas (não faz delimitação sobre quais crimes incidiria), prevê a confissão do réu como requisito e a necessária condenação como consequência, a indefinidas e indeterminadas penas privativas de liberdade, com a possibilidade, ainda, de imposição obrigatória de regime de cumprimento fechado. Isso tudo, ressalta-se, sem as garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e busca pela verdade, pois trata-se de antecipação de pena.

É de se considerar, ainda, conforme essa pesquisa empírica mostrou, que a negociação penal no âmbito da transação penal é inviabilizada, pois não há uma paridade de armas entre o Ministério Público (acusação) e o autor do fato (defesa), o qual na maioria das vezes aceita a proposta antecipada da pena por medo de levar o processo adiante, sem sequer ser esclarecido sobre os seus direitos e sobre as possibilidades do seu processo. A ideia do consenso, na prática, não se cumpre.

Schünemann (2013, p. 257) citado por Aury Lopes Júnior (2019) critica o suposto princípio de consenso, afirmando que “(...) Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão

de redução de danos (para evitar o "risco" do processo)". E complementa assemelhando a negociação penal a um contrato de adesão do direito civil, em que não dá igualdade para negociar, apenas para aceitar o que é imposto.

Diante dessa falsa ideia de consenso, chamamos atenção de que o modelo da *plea bargaining* poderia se configurar em mais um instrumento da seletividade penal, dividindo o direito criminal entre aqueles que podem ter (pagar, haja vista que a Defensoria Pública ainda não está devidamente estruturada em pé de igualdade com o Ministério Público) por uma defesa que seja capaz de atuar em paridade com a acusação<sup>187</sup>.

Aqueles que defendem os institutos consideram o "ganho econômico, na medida em que propõe a simplificação do sistema judicial criminal". Além disso, entendem que os institutos proporcionariam "a diminuição dos índices de congestionamento; garantindo mais tempo e estrutura para o processo e julgamento de casos de maior complexidade e contenciosidade, empregando recursos de forma mais eficiente; diminuindo os índices de impunidade; e, assegurando às vítimas a possibilidade de obter reparações mais rápidas e adequadas. (Azevedo, 2019).

Por outro lado, quem é contrário às medidas, entende que essa busca pela celeridade é justamente o problema, conforme Masi (2019): "o objetivo de propiciar uma resposta social rápida e eficaz (...) pode violentar diretamente o Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal". Távora (2019, p. 43) por sua vez, entende que "(...) a introdução desse mecanismo significa grande desastre em nosso sistema. Somos, portanto, filiados a corrente que entende que não deve haver acordo de não propositura de denúncia entre Ministério Público e acusado, eis que a ação penal é imperativa".

Entendemos que a negociação penal poderia ser um instituto muito interessante se bem desenvolvido. Acreditamos que a possibilidade de conferir maior protagonismo às partes é uma forma de desburocratizar o processo penal e até mesmo de conferir maior dignidade àquele que sempre cabe o papel de se defender. Todavia, essa desburocratização não deve ser sinônimo de retirada de direitos, devendo-se ser respeitados os direitos fundamentais básicos para um processo penal justo, respeitando-se minimamente as garantias procedimentais previstas em lei<sup>188</sup>. Infelizmente esse

---

<sup>187</sup> E mesmo assim correndo o risco de a própria defesa sucumbir à negociação sem avaliar os direitos e as possibilidades de defesa do réu.

<sup>188</sup> Como tratamos no capítulo I, tópico 1.2.1 sobre o procedimento da transação penal, a lei prevê uma série de procedimentos que devem ser seguidos, mesmo na justiça negocial, e uma série de características que deve ser respeitadas, como a presença do Ministério Público na audiência preliminar e na possibilidade

protagonismo que apontamos não é visto na prática, o procedimento previsto na lei não é devidamente seguido, o que acarreta no desrespeito aos direitos garantidos ao réu e a desigualdade de armas, o que desnatura por completo a ideia da negociação penal. É nesse ponto que traçamos a nossa maior crítica aos dispositivos falsamente negociais propostos pelo projeto de lei.

Isto porque, ao invés de se buscar o aprimoramento e efetivação do sistema que já existe – a transação penal -, que como apontamos, mesmo após aproximadamente vinte e quatro anos de vigência, ainda encontra muitas falhas em sua aplicação prática. O projeto legislativo visa um recrudescimento exagerado, indeterminado e ilimitado, apresentado sem qualquer estudo sobre a viabilidade de aplicação<sup>189</sup>, sendo mais um reflexo do direito penal simbólico e emergencial<sup>190</sup>.

Como bem pontua o jurista Aury Lopes Júnior (2019) “a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões”. Todavia, ainda nas palavras do autor, “a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto”.

Diante de tudo isso, defendemos a ideia de que a negociação penal é um instituto necessário e importante, não só em prol de uma justiça célere e menos burocrática, mas principalmente por entender que às partes pode ser conferido o direito de compor os seus próprios litígios, que o réu devida e tecnicamente representado, pode atuar defendendo os seus direitos e, quiçá, barganhando-o, caso entenda verdadeiramente ser-lhe mais

---

efetiva de negociação, com propostas e contrapropostas. Todavia, quando analisamos a realidade de Feira de Santana, no capítulo II, tópico 2.2, vimos que essas garantias básicas, essências para a ideia negocial funcionar, não se efetivam.

<sup>189</sup> O Projeto Moro não apresenta qualquer estudo de impacto social e orçamentário.

<sup>190</sup> É um reflexo do direito penal simbólico, pois a proposta de lei não baseada em qualquer estudo, não tendo eficácia jurídica comprovada. Nas palavras de Marcelo Neves a legislação simbólica consiste na “[...] produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico [...]”, ou seja, atende aos anseios políticos e não jurídicos. É também emergencial pois, como bem esclarece Ferrajoli é um direito penal que “procura dar guarida a anseios imediatistas, oferecendo respostas e atuando em conformidade com as pressões sociais sem nem mesmo se ater a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.”, típicos da atual conjuntura política do Brasil.

vantajoso. Todavia, o instituto deve ser visto realmente como um direito e não como um benefício, como muitas vezes é tratado no sistema jurídico atual, o que acarreta no desrespeito ao justo procedimento e ocasiona uma verdadeira imposição de pena ou a ameaça do fantasma do enfrentamento a um processo penal. Além disso, devem ser devidamente determinados os limites da pena e as hipóteses de incidência da negociação penal, em atenção ao princípio da legalidade e da razoabilidade. Dessa forma, acreditamos que seria muito mais interessante o sistema jurídico e legislativo voltar a sua atenção a um instituto que já existe, mas que ainda precisa ser devidamente efetivado, como é o caso da transação penal, antes de pensar em avançar desmedidamente, para que a busca pela celeridade processual não se sobreponha à justiça.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com essa pesquisa, objetivamos verificar se há ou não efetivação da negociação penal das propostas de transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo, na cidade de Feira de Santana/BA.

Trouxemos, primeiramente, um apanhado sobre os aspectos doutrinários que envolvem a temática da transação penal. Vimos a origem do instituto, que surgiu de uma necessidade de desburocratização do processo, diante do descrédito na justiça. Vimos o conceito, procedimento, características e a natureza jurídica da transação penal, extraídos tanto do texto legal como da doutrina. Problematizamos o instituto para saber se ele constitui um avanço necessário ou a mitigação de direitos. Falamos sobre o princípio da busca pela verdade que permeia um processo penal garantista, e que ele fica abrandado nesse contexto negocial. Trouxemos o ainda recente debate/embate doutrinário sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da transação penal. Nesse diapasão, concluímos que esse dispositivo negocial seria sim constitucional, caso fosse respeitado todo o procedimento que garante minimamente os direitos do réu, mas que, a partir do momento em que esse procedimento não fosse rigorosamente seguido, se revestiria de inconstitucionalidade.

Para testar empiricamente as hipóteses sobre a efetivação da negociação da transação penal, utilizamos o campo da comarca de Feira de Santana/BA, em uma pesquisa que se valeu do estudo quantitativo dos processos encontrados, bem como a descrição de um caso para ilustrar a pesquisa. Nessa coleta, tivemos como resultados que a) a transação penal, quando não é hipótese de arquivamento, é oferecida antes da audiência, por meio de manifestação escrita. Ou seja, é elaborada sem qualquer contato com as partes; b) O Ministério Público, via de regra, não se faz presente na audiência preliminar, o que

logicamente inviabiliza a negociação penal; c) a assistência do advogado na audiência preliminar, via de regra, parece ser deficiente, sem a devida atenção para a orientação; d) é o conciliador quem, via de regra, preside a audiência e oferece a transação penal já elaborada pelo parquet; e) na maior parte dos casos a pena é aceita; f) informações como cor, gênero e grau de escolaridade parecem não influenciar na pena oferecida nem na viabilidade de negociação penal; e, por fim g) a negociação penal é inviabilizada, não há equilíbrio e equidade entre as partes e ao autor do fato cabe apenas aceitar a pena imposta, o que entendemos desnaturar por completo o sentido da negociação penal.

Diante dos resultados obtidos em nossa pesquisa, correlacionamos com a mais recente proposta legislativa que trata sobre o tema da negociação penal: o Projeto Moro. Uma proposta que amplia desmedidamente a negociação penal, por não haver limitação de crimes nem limitação de pena antecipada “negociada”, sem, inclusive, sequer avaliar os seus impactos, dentre eles os sociais – a possibilidade de um superencarceramento, por exemplo, e principalmente sem analisar as falhas no contexto empírico, da Lei nº 9.099/95 quanto à transação penal.

Dessa forma, problematizamos: como avançar sendo que ainda não temos sequer um modelo de transação penal devidamente solidificado? Por que, ao invés de criar uma nova lei tão recrudescida, não se busca elementos para se efetivar e, quem sabe, ampliar, o modelo já existente?

Como pontuamos ao longo dessa pesquisa, entendemos que a negociação penal é um instituto muito interessante e que pode ser de suma importância para o processo penal. Não apenas pelo argumento da celeridade, porque compreendemos que essa não deve se sobrepor à justiça, mas sim pelo fato de ser um passo para um modelo mais aberto, com menos intervenção do Estado, e, porque não, mais restaurativo, em que às partes poderiam ser protagonistas dos seus conflitos, mas que isso não significasse o fim de seus direitos fundamentais. Por isso que a negociação penal deve ser paulatina, para se buscar a sua real efetividade, com respeito aos critérios definidos em lei (e que essa lei não mitigue os direitos do réu e confira superpoder à acusação), com uma limitação nas hipóteses de incidência (acreditamos que ainda seria necessário limitar quais crimes caberia negociação) e uma determinação máxima das penas que poderiam ser antecipadas (e não que essa fosse uma cláusula aberta, a não ser que fosse uma resposta que fugisse do viés punitivo típico).

Assim, concluímos essa pesquisa defendendo que a negociação penal é um interessante instrumento para a resolução de conflitos, no entanto, ela ainda precisa ser efetivada em sua base. Portanto, é necessário voltar os olhos para a transação penal, para que ela possa ser realmente um instituto negocial.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica nos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro**. 2014. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/21f964298f6154c9e2b64f76ce9de8b8.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

AZEVEDO, Victor Hugo. **Plea Bargain: sem medo de propor uma Justiça moderna, mais ágil e efetiva**. 2019. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2355-plea-bargain-sem-medo-de-propor-uma-justica-moderna-mais-agil-e-efetiva.html>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro. **Revista Pesquisa e Educação Jurídica**, Maranhão, v. 3, n. 1, p.57-74, Jul/Dez, 2017.

CARVALHO, Gleidysson José Brito de. **O instituto da transação penal e a efetividade de seu cumprimento no juizado especial criminal de imperatriz-MA**. 2016. 113 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2016.

CAVALCANTI, Fabrício José. Uma recensão sobre o texto Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de direito ou um novo princípio?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5733, 13 mar. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71277>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CHAGAS, Cleverton Paulo das e DIAS, Bruno Smolarek. A transação penal à luz da hermenêutica constitucional e processual penal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. 4 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei n. 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. p. 29-140.

JARDIM, Afrânio Silva. AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 313.

JESUS, Damásio Evangelista. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. São Paulo, 1995, p. 62. In: BREGA FILHO, V., et al. orgs, **A Nova Lei de tóxicos : Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal N° 16, 2007, p.20

LOPES JÚNIOR, Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 755-785.

MASI, Carlo Velho. Comentários ao projeto de lei anticrime do Min. Sérgio Moro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5761, 10 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73149>. Acesso em: 14 ago. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2002. p. 35-139.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 23-30.

NORONHA, Rodolfo et al. Celeridade ou justiça?: análise empírica de um juizado especial criminal. **Confluências**: Revista interdisciplinar de Sociologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p.157-177, out. 2016. Disponível em:

<<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/124/147>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008. p. 568-569.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Juizado especial criminal**: aspectos práticos da Lei n. 9.099/95. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 38-49.

PEREIRA, Raony Paula Pessoa. **O instituto da transação penal no direito brasileiro à luz da constituição federal de 1988 e da lei federal nº 9.099/95**. 2008. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

ROBERTO, Cezar. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124-135.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Descumprimento da transação penal e detração. Jus navegandi, teresina, ano 9, n. 722.

SANCHES, José Luiz. **A transação Penal no juizado especial criminal como exercício da cidadania**. 2006. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Público e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**: Tripartido em três Projetos de Lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. 1. ed. Salvador: Juspodium, 2019. p. 43-45.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015. p. 58-58.

TELES, Alana dos Santos. As penas do art. 28 da lei de drogas e suas implicações na atuação e modos de pensar dos juízes e promotores feirenses. **Rede de Estudos Empíricos em Direito**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p.96-119, mar. 2018. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/06/11-26-PB.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997. p. 119-120.



## A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRÁTICA DA VAQUEJADA

**RAYNAN PAULO APARECIDO SILVA DE ALMEIDA:**

graduanda do curso de Direito pela Faculdade Pio Décimo.

CLERISTON SILVA

(orientador)

**RESUMO:** Este artigo pretende analisar a vaquejada no cenário atual, com base em sua origem, e sob o enfoque da Constituição de 1988, objetivando nos autos ADI 4.983 e a emenda 96/2017, bem como a doutrina e jurisprudência acerca do tema, examinar os principais argumentos acerca da sua inconstitucionalidade como prática de maus-tratos animal, e os que defendem sua constitucionalidade, entendendo como prática cultural. Portanto, este artigo tem por escopo trazer as duas interpretações jurídicas aplicadas no tocante à vaquejada e às práticas a esta relacionadas, como também a acepção jurídica do termo cultura, em relação ao contexto atual do Direito, e garantias na preservação do equilíbrio entre os homens e os animais na natureza, posto o cenário jurídico atual.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Maus-tratos. Vaquejada.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar historicamente a prática da vaquejada, nesse aspecto, buscou explorar a atividade enquanto instrumento associado às atividades necessárias da produção agropecuária (ANDRADE, 2005.)

Bem como a necessidade de reexame da vaquejada e suas práticas, considerando a realidade e o contexto social atual, tendo por base as transformações culturais expressamente experimentadas pela nação nordestina no contexto desta prática.

Conforme se pode extrair do julgamento da ADI 4.983, o conflito se estrutura basicamente em dois posicionamentos, os que consideram como realidade incompatível com a Constituição Federal de 1988, configurando sua existência maus tratos em detrimento dos animais, e os que justificam tal prática como atividade de caráter

desportivo e de grande poderio econômico, máquina geradora de milhões de reais para grandes grupos empresariais. ()

Tendo em vista os dois posicionamentos, é possível concluir pela existência de duas figuras substancialmente antagônicas, os que entendem a vaquejada como atividade de expressão cultural da região nordestina com fundamento inclusive no texto extraído da lei 13.364/2016<sup>191</sup> sancionada no dia 29 de novembro de 2016, e que trouxe profundas reflexões recentemente no cenário jurídico, por considerar a vaquejada expressão de manifestação cultural nacional e patrimônio cultural imaterial.

Em contraposição, os que enxergam como uma prática que implica tratamento cruel desmesurável aos animais, combatendo frontalmente a vedação contida no artigo 225, § 1º, VI da Constituição Federal, haja vista, a submissão do animal a tratamentos perversos e cruéis nos cenários dos inúmeros parques de vaquejada.

Considerando o âmbito deste tema, o Estado do Ceará promulgou em 08 de janeiro de 2013 a Lei nº 15.299/2013, concedendo à vaquejada conceitos inerentes de desporto e cultura, descortinando, deste modo, diversas implicações acerca da temática exposta e fundamentando diversos debates na seara jurídica, destacando-se sobre sua natureza de interesse constitucional.

A objeção declarada anteriormente condicionou a Procuradoria Geral da República, representada pelo seu procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, a interpor a referida ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4.983 no Supremo Tribunal Federal, com fundamento na declaração da inconstitucionalidade desta lei estadual no intuito de impedir a regulamentação, o que se apresenta de relevante interesse na condução deste artigo.

Tais situações estarão sendo abordadas neste artigo, começando pelas origens da vaquejada, seguindo ainda no que diz respeito à legislação e jurisprudência aplicada à espécie, além do enfoque do que foi objeto da ação e o julgamento desta ADI no STF, se propõe também a responder se a vaquejada constitui maus-tratos ou manifestação cultural, sob a perspectiva jurídica.

Dessa feita, tem se por escopo racionalizar o debate sobre o direito dos animais, a tutela animal, e a mudança de paradigma na relação homem e animais não-humanos, além

---

191 Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.

de sopesar os limites jurídicos da cultura no que concerne à imposição da crueldade animal.

## **1 Contextualização da vaquejada.**

Nas considerações do pernambucano (ANDRADE, 2005), a vaquejada surgiu como instrumento de trabalho, mão de obra empregada na criação do gado que ocorria na pastagem livre, não necessitando do emprego de muitos trabalhadores, solicitando apenas o olhar vigilante do vaqueiro, na fiscalização da fazenda.

“Fiscalizava o gado no campo, ferrava, assinalava, benzia em caso de doença e amansava bois e burros. Nas grandes fazendas, havia uma verdadeira equipe de vaqueiros”. (ANDRADE, 2005, p. 146)

Discorre ainda o autor que, com a chegada do inverno, inaugurava o melhor momento para o comércio dos animais gordos na agropecuária livre e extensiva, destituída de quaisquer obstáculos físicos, como cercas e arames farpados, trazia a necessidade da reunião de vaqueiros de diversas sesmarias.

O intuito era o de realizar as “juntas” também conhecida por apartação<sup>192</sup> para separação dos gados de cada fazenda, constituindo verdadeiras festas no sertão agropecuário, principalmente quando noticiavam a existência de animal arisco, ou bravo semi-selvagem barbatão<sup>193</sup> atraindo bastante atenção da pequena colônia rural. (ANDRADE, 2005.)

Tais expressões culturais eram uma possibilidade de treinamento e espetáculo em que se demonstrava o vigor do vaqueiro, além de dar fama aos vaqueiros da região. Ademais, estaria diretamente vinculada à condição de instrumento de trabalho através da apartação do gado, já que o gado fora criado solto nos campos sertanejos, leciona (FILHO, LEITE e LIMA, 2015), quando comenta os trechos de Cascudo.

---

<sup>192</sup> Disponível em <https://www.dicio.com.br/apartacao/>. Acesso em 04 janeiro 2017.

<sup>193</sup> Disponível em <<https://www.priberam.pt/dlpo/barbatão>>. Acesso em 04 janeiro 2017. ()

Orientando o autor que a apresentação em público, ou nos pátios das fazendas, objetivava então ensinar a técnica utilizada nas várzeas para recolher os animais ariscos que escapavam da manada e disparavam pela caatinga.

Destarte, insurgindo primeiramente como atividade acessória e indispensável ao labor no campo, sem a qual se tornaria inviável a tradição agropecuária, e posteriormente sendo emoldurada como manifesto de expressão cultural em consequência das festas de apartação (ANDRADE, 2005).

Os rodeios, por sua vez, com expressões genuinamente americanas, tiveram suas origens nas fazendas do Oeste Americano conduzida pelos "Cowboys" nome dado ao guardador de bois<sup>194</sup>, enraizando-se no Brasil em meados dos anos 80 (DIAS, 2000).

No Brasil, orienta o autor, o rodeio modificou-se na modalidade de *cutiano*, nesse esporte o intuito é o peão durar ao menos 8 segundos em cima do touro, na medida em que efetua esporeadas no animal. Atualmente é utilizada a espora giratória, bem como o sedém, que consiste em uma corda amarrada na região da virilha do animal.

É imperioso destacar, que no Rodeio oriundo do USA é comum a utilização de instrumentos ostensivos de flagelação para açoitar os animais, neste sentido pontualmente destaca (Diniz M. H., 2018, p. 107): "são praticadas diversas provas de habilidade e força dos peões, que submetem os animais (cavalos e bois) a agressões causadas com sovela elétrica, sedém, sinos, esporas, pontapés, peiteiras".

Atualmente a vaquejada existe sob a perspectiva de grandes parques de vaquejada<sup>195</sup>, como por exemplo o complexo parque Franskim Pedro que está localizado em Maranguape, no Estado do Ceará. O parque, que é considerado de alto padrão, é um do mais recentes e tem capacidade para mais de 50 mil pessoas, só perdendo para Alagoas, Rio Grande do Norte e Pernambuco, onde acontecem shows de forró durante toda a realização do evento.

Gize-se que existem atualmente diversas modalidades da prática do esporte, cujas adaptações possibilitam inclusive encontrar a existência da prática da vaquejada mirim onde a montaria é feita em cabras, por garotos de 11 a 15 anos, a autora (DIAS, 2000)

---

<sup>194</sup> Disponível em < <https://www.priberam.pt/dlpo/cowboy>>. Acesso em 21 de Fevereiro de 2018.

<sup>195</sup> Parques e haras se modernizam para novos tempos de vaquejadas, 2017 Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/parques-e-haras-se-modernizam-para-novos-tempos-de-vaquejadas-1.1832821>>. Acesso em: 31 de abril 2018. ()

afirma que a cabra é açoitada pelos chamados “abelhas”, nome dado ao iniciante no esporte.

## **2 A vaquejada do ponto de vista econômico**

Algumas associações, como Associação Brasileira de Vaquejada (Abvaq), sustentam que a vaquejada tem um papel econômico bastante influente, e neste sentido buscaram apresentar tal informação no relatório da PEC 50/2016, que discutia a mudança da constituição para elevar a vaquejada a título de patrimônio cultural. Argumentando que a atividade da vaquejada movimentaria R\$ 600 milhões por ano, além de gerar cerca de 720 mil empregos diretos e indiretos.

Assim, os que defendem a vaquejada afirmam que a proibição relativa à prática desta teria o condão de prejudicar a economia em diversas regiões, principalmente em grandes centros de vaquejada como em Alagoas, onde cada município teria em média cinco pistas ou parques de vaquejada no total.

Neste panorama, a vaquejada para os que entendem como potencial econômico, se fundamenta na possibilidade de geração de emprego e renda, ainda que se tratem de serviços de caráter temporário.

Entretanto, para Janot (2013), esses dados não podem convalidar a crueldade intrínseca que a vaquejada apoiaria, considerando assim o dever constitucional dos entes federativos de proteção ao meio ambiente.

Neste sentido explicita o PGR (JANOT, 2013, p. 5) “o fato de a atividade resultar em algum ganho para a economia regional tampouco basta a convalidá-la, em face da necessidade de respeito ao ambiente que permeia toda a atividade econômica<sup>196</sup>”.

---

<sup>196</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) [...]”. (BRASIL, 1988)

Igualmente leciona (PAULO e ALEXANDRINO, 2017) que, invariavelmente, não basta somente idealizar a construção de riquezas, quando a natureza desta riqueza for incompatível com a proteção dada ao meio ambiente.

Neste aspecto, os autores nos conduzem a seguinte indagação, se por ora a atividade econômica enquanto geradora de lucro logra êxito em sua finalidade social de distribuição de renda, ao confrontar-se com a defesa do meio ambiente, restaria prejudicada, uma vez que a economia deve estar pautada nos princípios econômicos consagrados pela Carta Constitucional.

### **3 Dos danos ambientais da prática da vaquejada**

O Conselho Federal de Medicina Veterinária, tendo se reunido em audiência na Câmara dos Deputados, onde discutiu os aspectos da vaquejada, manteve seu posicionamento contra a atividade, fazendo menção de que a prática da vaquejada estaria a infligir, inclusive, a Instrução Normativa 03/2000197 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que dispõe sobre a insensibilização de animais em açougue. ()

Assim, o procedimento de abate, pelo menos em tese, estaria a sofrer limitações em detrimento do bem-estar do animal por esta Instrução Normativa, enquanto a prática da vaquejada poderia dispor livremente dos animais para atingir a finalidade do entretenimento.

Entretanto, vale frisar que a discussão sobre o fato de a crueldade resultar em sofrimento ou não em desfavor do animal, não se coaduna com o debate amplamente regrado pela ética, para se evitar discussões menos prósperas.

Assim, melhor leciona o filósofo Naconecy Carlos, quando *in verbis* nos esclarece que “solicitar provas de que uma foca sofre mesmo quando recebe pauladas do caçador é tão insensato quanto argumentar que não podemos saber se um bebê sofre quando é esbofeteado”. (NACONECY, 2006, p. 115)

### **4 Vaquejada e o direito a cultura**

A cultura na história, sempre se apresentou de diversas maneiras e bombardeada por inúmeras significações, sem falar do profundo interesse das ciências em conceituá-la.

---

197 Dispõe sobre os requisitos mínimos para a proteção dos animais de açougue e aves domésticas.

Narra (LLOSA, 2013) que esta trajetória teria sido iniciada na Grécia sob as bases da filosofia, na Roma teria sido floreada pela perspicácia do direito, enquanto o Renascentismo teria sido marcado principalmente pela literatura e pelas artes.

Obtendo no iluminismo, pela revolução idealizada no conhecimento científico, um mínimo de estabilização para compreensão da cultura na sua acepção científica, que para o autor estaria longe de um consenso social, considerando a imensidão das variantes em torno da análise desta.

Sobre as bases dinâmicas do desenvolvimento humano e da sociedade, a cultura é berço de contribuição direta na construção do ser perante a realidade no qual está inserida, fundamentada pela dignidade da pessoa humana, da sociedade livre, solidária e justa (CUNHA, 2013).

Este cenário narrado pelo autor evidencia que a cultura além de atuar como vetor no contexto de representação de uma coletividade, influi também na forma que o indivíduo constrói sua personalidade perante o berço social.

Esses valores são inteiramente razoáveis por não estarem dissociados da compreensão do direito à cultura, aliada ao exercício pleno da cultura nacional, assim como tem abrigo na CF (1988) consoante, art. 215.

A diversidade e a complexidade de expressões nesta seara farão sempre crer na existência de culturas. A convivência entre elas, com as suas peculiaridades e até permeabilidades possíveis, deverá sempre contar com a proteção e as garantias diversas oriundas da lei, e do direito criado pelo Estado.

A existência e o reenquadramento de novas práticas culturais, conforme defendem alguns autores, compreendem uma constante atualização, haja vista que os processos culturais não são estáticos, conforme preceitua o argumento trazido por (LARAIA, 2000), de que o tempo estaria como um elemento em destaque, isto é, quando se concebe sob objeto de análise.

Além disso o antropólogo explicita que as mudanças são muito mais comuns do que se imagina, porém, tais mudanças não são pacíficas, pois cada mudança, por menor que seja, representa o desenlace de numerosos conflitos. Isto porque em cada momento

as sociedades humanas são palco do embate entre as tendências conservadoras e as inovadoras.

Tais mudanças inseridas no plano cultural de uma sociedade, como explica (LARAIA, 2000), trarão reflexões positivas ou negativas, haja vista tendências conservadoras e inovadoras. A positividade e dinamicidade de fatores históricos traz à tona cogitações novas, percepções de mundo ainda não compreendidas pela sociedade.

Assim a vaquejada afastou-se da sua forma tradicional ganhando aspectos culturais novos, pelo fato de que tal prática deixou o contexto de mão de obra, razão de ser da vaquejada no passado, tornando-se atualmente espetáculo e diversão, nos famosos parques de vaquejada.

Fazendo nascer a discussão antropológica do que se pode conceber como cultura, tomando por base sua finalidade precípua, em torno dos aspectos que nos permite compreender a vaquejada como continuação da cultura nordestina ou metamorfose da origem histórica depreendida anteriormente.

Nesse sentido é imperioso destacar como esclarece (CUNHA, 2013), que não basta ser antigo para ser considerado cultura, sendo necessário desenhar um cenário onde seja possível considerar os impactos provocados no futuro, evitando, como o autor afirma, um encargo de tradição.

Para sedimentar melhor a ideia, vale a pena considerar dos autores (FILHO, LEITE e LIMA, 2015) as implicações consequentes do binômio cultura e natureza, que, conforme os autores, estariam num patamar de superação, quando é real a necessidade de construção de manifestações culturais harmônicas entre si, motivada pela atualização do que compreendemos por histórico-cultural.

Ademais, a distinção pontual melhor leciona (MIRANDA, 2016), ao fazer referências sobre o que é claramente a diferença antropológica de cultura, em relação a sua conceituação jurídica, haja vista estarem os dois conceitos em patamares diferentes no plano da realidade.

Na sua conceituação jurídica, a cultura seria mais restritiva, haja vista que para uma manifestação cultural se adequar à constituição vigente ela teria que passar por uma análise minuciosamente rigorosa entre o seu fundamento e o fundamento contido na Carta Magna, onde posteriormente esta cultura se enquadraria no status de conformidade com a constituição.



Não bastando assim apenas o aspecto meramente cultural, deve se então analisar os efeitos decorrentes da inserção de uma prática como cultural, guardando harmonia com os preceitos normativos em vigência, para se verificar se o conceito cultural resiste aos filtros existentes na edição da norma.

Pondera (SARLET e FENSTERSEIFER, 2017) que a base do equilíbrio ecológico está fundada sob o princípio da solidariedade intergeracional, uma vez que, as gerações futuras estariam em um patamar de vulnerabilidade, necessitando de amparo da geração presente para preservar a qualidade ambiental dos que nos sucedem.

Helena Diniz, nos explica além disso, o papel fundamental, que é desenvolvido pela Fauna nativa, conforme acentuou *ipsis litteris*: "(...) há uma teia infinita de relações, por existir uma interdependência entre os fatores antrópicos, bióticos e abióticos". (DINIZ, 2017)

Vale salientar que o dever de proteção disposto pelo artigo supracitado tem por característica trazer que estaria o Poder Público incumbido de proteger a fauna e a flora, vedando, na forma da lei, quaisquer práticas que coloquem em risco a função ecológica, provocando a extinção de espécies ou submetendo os animais à crueldade. Isto posto, dentro de uma amplitude que não fez restrição somente a tutela à fauna silvestre, ao revés, previu de maneira expressa que estaria fazendo menção a todos os animais.

Neste sentido, harmonizando-se com o ordenamento jurídico penal, tendo em conta a previsão expressa de cominação de pena na referida lei de Crimes Ambientais, Lei nº. 9.605/98, que dispõe em seus artigos: ()

*Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:*

*Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*

*§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.*

*§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.*

Dessa maneira, segundo (Diniz M. H., Ato de crueldade ou de maus tratos: contra animais: um crime ambiental., 2018), o art. 32 da Lei n. 9605/98 traz em suas elementares, quatro hipóteses em que o crime será praticado, quais sejam, o ato de submetê-lo a abusos ou exageros, maltrata-lo, feri-lo e ocasionar-lhe a morte com intencionalidade.

Desta forma, para autora supracitada, o ato de submissão do animal a cargas exageradas como acontecem com os cavalos utilizados para desempenho de trabalho fora das condições naturais, animais submetidos a espetáculos ou qualquer ato que viesse a lesionar a integridade dos animais com intencionalidade, já estão aptos a configurar o ilícito criminal do artigo em comento.

Conforme diversos diplomas legais, é possível perceber que existe uma dimensão ampla de dispositivos em que a tutela animal se faz presente, seja reconhecendo sua vulnerabilidade censurando atos cruéis, como ao dispor objetivamente reprovando condutas que imponham suplício aos animais, compreendendo a existência da vulnerabilidade animal.

E quando tratamos da vaquejada a discussão se torna ainda mais estreita considerado os aspectos técnicos em que o esporte se apresenta. Por exemplo, quando chamou atenção o ocorrido em Serrinha na Bahia, quando durante um dia de atração do grande parque de vaquejada de Alto Sereno, no ano de 2015<sup>198</sup>, um boi, que segundo o noticiário, teria passado o dia inteiro tentando fazer a mesma coisa, sofreu o que se chamaria de desenlramento<sup>199</sup> que é, nada mais, nada menos, que o nome técnico dado ao arrancamento do rabo.

## **5 Ação Direita de inconstitucionalidade 4.983.**

Tais alegações, conforme já se esperava, fizeram com que, no dia 17 de março de 2013, a Procuradoria Geral da República, órgão superior do ministério público, por meio do Procurador Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, desse início à ação direta de inconstitucionalidade contra a referida lei, sob o prisma já explicitado no STF, com número de autuação de ADI 4.983, e tendo como relator o Ministro Marco Aurélio.

---

<sup>198</sup>O boi teve o rabo arrancado: proibição da vaquejada abre polêmica Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37830658>> Acesso em: 09 janeiro 2018. ()

<sup>199</sup> Disponível em <https://www.linguee.com.br/portugues-ingles/traducao/desenlramento.html>. Acesso em 09 janeiro 2017. ()

A apreciação deste caso na corte teve fundamentalmente que enfrentar a consideração do seu aspecto como cultura, conforme aqui já foi apontado, como também a natureza e os reflexos da sua atividade propriamente dita.

Basicamente, norteando-se nos seguintes termos do que se extrai da inicial, o enfrentamento encara as seguintes perspectivas: o conflito entre a preservação do meio ambiente como também a proteção conferida ao comportamento cultural como expressão da pluralidade. A efetiva prática da vaquejada, ou seja, sua análise empírica na perspectiva atual do meio ambiente; e quais os limites jurídicos da cultura.

Toda fundamentação contida na ADI, procura delinear os aspectos históricos da vaquejada levando em consideração que se trata de prática cultural que adveio na necessidade nordestina de separar o gado dos fazendeiros, algumas vezes para o comércio, hoje consistindo na técnica em que, dois vaqueiros tentam, à cavalo, derrubar o boi numa área já demarcada.

Entretanto, de acordo com a manifestação do PGR Rodrigo Janot, a prática estaria em desacordo com o art. 225, § 1.º, VII, da Constituição da República, nos fundamentos de que a vaquejada, inserida hodiernamente como prática desportiva e cultural, desestabiliza a proteção constitucional ao meio ambiente, argumentando-se a existência de danos consideráveis aos bovinos e tratamento evidentemente cruel e de caráter abusivo aos seres vivos ali submetidos.

Na tentativa de harmonizar o conflito, o relator procura dar ênfase ao que concerne a compreensão do papel cultural em exercício, sopesando o nível de sacrifício até então suportado pela sociedade contemporânea na efetivação dos direitos dos animais.

Ainda nos termos do relator Min. MARCO AURÉLIO, ainda que presente o elemento cultural, a ideia de um comportamento sobriamente ecológico, pautado em uma conduta de equilíbrio do meio ambiente paralelamente ao homem, estaria em sobreposição à manifestação cultural lesiva ao meio ambiente.

Na tentativa de se melhor compreender a atividade, restringiu-se o ministro relator a analisar o ato praticado pelo vaqueiro, asseverando que:

*Consoante asseverado na inicial, o objetivo é a derrubada do boi pelos vaqueiros, o que fazem em arrancada, puxando-o pelo rabo. Inicialmente, o*

*animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete. Conduzido pela dupla de vaqueiros competidores vem a ser agarrado pela cauda, a qual é torcida até que caia com as quatro patas para cima e, assim, fique finalmente dominado.*

Além disso, o Ministro Marco Aurélio procurou asseverar a existência de laudos técnicos juntados pelo PGR, constantes dos autos da ADI, no intuito de esclarecer que o ato de tração forçado do rabo do boi, seguido pela queda, é ato extremamente lesivo, que vai de lesão nas patas até a possibilidade de lesões em nervos espinhais, causando além de imenso sofrimento físico, imensurável sofrimento mental ao animal, registrando a presença não rara de choques elétricos no intuito de que o animal saia em disparada. ()

Inaugurando a primeira divergência o Ministro Edson Fachin<sup>200</sup> relata que a vaquejada representa parte de um processo civilizatório, quando explicita, que “a noção de cultura é uma noção construída, não é um a priori, como aliás está na obra de Tânia Maria dos Santos” (STF, 2016, p. 14), que para este, a prática significa a noção de algo mais amplo de meio ambiente.

Para o ministro, a simples transformação cultural faz parte de um processo de transformação do povo, considerando os aspectos culturais da sociedade brasileira, além de destacar a característica pluralista e aberta, na qual estaria ligado o brasileiro, assim tendo explicitado que.

Neste sentido para no entendimento do Ministro há de se favorecer-se a uma ampliação do sistema cultural<sup>201</sup>, merecendo amparo constitucional contido no § 1º do art. 215 da Constituição Federal, além de considerar que a prática da vaquejada para este não estaria em pé de igualdade a farrã do boi à rinha de galos, não havendo assim necessidade de maior amparo.

Findo os votos, por 6 votos a 5, os ministros julgaram procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.983, impedindo a possibilidade de regulamentação da

---

<sup>200</sup>Manifestação Min. Edson Fachin, no julgamento da ADI 4.983. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI\\_4983.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI_4983.pdf)> () Acesso em: 09 janeiro 2018. ()

<sup>201</sup> Art. 227, CF (1988). 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”.

vaquejada no Estado do Ceará, considerando que sua regulamentação estaria ferindo princípios constitucionais de preservação do meio ambiente.

Longe de enterrar a discussão promovida às margens de uma tentativa de regulamentar o tema no Estado de maneira pacífica, o tema endereça debates profundos acerca dos direitos animais.

## **6 Mudança de paradigma na relação homem e animal.**

Nos termos do que propõe (SILVA, 2013), assistimos a uma verdadeira mudança no paradigma de superação do homem, fruto do movimento pós-humanista, neste seguimento o homem nega a complexidade das relações do mundo em que está inserido, alimentando, por sua vez, uma verdadeira crise perante a globalidade.

As reações humanas, no contexto do que discorre o autor, acabam por chacoalhar as relações coletivas, pois o modelo proposto pela pós-modernidade já não comportaria a vontade humana em seu panorama de superação, não sendo diferente com a relação do homem com o animal não-humano.

Enquanto (DIAS, 2000) afirma que a crise apresentada é o resultado de uma cosmovisão, uma preocupação que se emerge da necessidade de uma visão holística sobre o mundo. Explica também, que é graças a esse novo paradigma de compreensão da realidade que surgiram teorias como a da *Relatividade de Albert Einstein*, *Teoria da Eletrônica*, de *Faraday Maxwell*, *Teoria dos Quanta*, de *Max Plank* entre outras.

Assim como o autor (NUNES JÚNIOR, 2017) também pontua precisamente, que a mudança de paradigma não ocorreu somente em relação aos animais, assim, em tempos não muito distantes, o homem teve que mudar a forma de relacionar-se inclusive em relação ao seu semelhante, considerando que a abolição da escravatura, somente teve seu declínio no final do século XIX.

Conforme, trata (Diniz M. H., Ato de crueldade ou de maus tratos: contra animais: um crime ambiental., 2018) ao citar Tápia<sup>202</sup>, a forma em que o homem se relacionava com os animais mudou tanto que atualmente a agressão voltada aos animais, representa para

---

202 TÁPIA, Fernando. *Children who are cruel to animals*. RANDALL, LOCKOOD e ASCIONE (coord.). *Cruelty to animals and interpersonal violence: reading in research and application*. Indiana: Purdue University Press, 1997. ()

alguns estudos da Medicina um alerta de sinal vermelho, simbolizando as famílias e autoridades a necessidade de intervir no intuito de que o ofensor seja identificado e educado antes que se desenvolva atitudes mais violentas.

O contexto evidenciado por ele propõe uma análise de mudanças que expressa demasiada sutilidade, sobrepondo ainda mais as lacunas que a teoria possa confrontar, além de esclarecer a delicadeza em que a consciência humana se encontra.

Neste espectro, o Estado de São Paulo avançou prodigiosamente contra a violência animal, e isso tem se dado em detrimento da lei n. 16.303/2016. Esta lei Paulista se destacou pela criação de um portal eletrônico, para atendimento de ocorrências envolvendo animais, que distribuirá as delegacias locais a apuração dos crimes. ()

Para (MIRANDA, 2016) uma vez reconhecida a existência de direitos fundamentais em conflito aparente, e neste aspecto, embora diante da presente manifestação cultural, a discussão do ponto de vista jurídico é profundamente séria, haja vista que a situação sopesada irá implicar em crueldade contra animais.

Ademais, na mesma linha o autor supramencionado explica que deveria prevalecer no âmbito das duas proteções, as legislações e princípios que entonassem de maneira mais agradável a proteção do meio ambiente, considerando que, do ponto de vista do meio ambiente, este irá favorecer a manutenção das condições ecológicas em função de que as gerações futuras possam desfrutar do meio ambiente equilibrado.

## **7 Emenda constitucional nº 96/17 e seus reflexos**

Não obstante o fato de uma lei ordinária deslocar a matéria considerada inconstitucional para o campo da constitucionalidade, a fragilidade em que se encontrava a Lei 13.364/2016 obrigava respaldo legal mais sólido para o exercício da vaquejada.

Para que tal regulamentação não viesse a ser objeto de nova ADI, questionando novamente a legalidade da regulamentação da vaquejada, bastando apenas submissão ao STF, surge a emenda constitucional nº 96 de 2017.

Assim a EC 96/17 alterou a Constituição fazendo inserir mais um parágrafo, passando a dispor da seguinte maneira:

*Art. 225. (...)*

*§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.*

Vale lembrar, que o fato de a matéria, até então decidida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, vincular todos os órgãos do Poder judiciário, além de toda a administração pública, não impõe ao legislativo a impossibilidade de legislar sobre o tema novamente, evitando com isso o que a doutrina chama de “Fossilização” da atividade legiferante (NUNES JÚNIOR, 2017).

Destarte, tal esforço de superação legislativa se apresenta de maneira cristalina, tendo por objetivo recuar o atual entendimento do STF, dando abertura a um profundo debate sobre a relação poder judiciário e legislativo, e o ativismo judicial.

Para o Min. do STF, Alexandre Moraes, é importante que haja um equilíbrio entre as esferas de poder, assim harmonizando o pragmatismo jurídico e a passividade judicial, com vistas a se obter, da Corte Constitucional, uma atuação sem dimensões, amplas de subjetivismo, afastando-se cada vez mais de questões eminentemente políticas, consoante menciona *in verbis* “interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.” (MORAES, 2017 , p. 549)

O ativismo judicial embora tenha por base a concretização de direitos fundamentais, é visto por uma parcela da doutrina como exercício antidemocrático, haja vista que somente uma parcela da população tem acesso a esses direitos. Nesse sentido *Dworkin* afirma, “ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. (DWORKIN, 1999, p. 451)

*Dworkin* (1999) acredita que embora o ativismo seja, aparentemente, uma teoria atraente quanto ao fortalecimento da atividade jurisdicional em sobreposição ao pensamento político majoritário, trar-se-ia consequências negativas, quando viabilizara-se por exemplo, a possibilidade de o juiz ativista ignorar a Constituição para impor ao Estado poderes outros, cuja Carta Magna não lhe guarde semelhança.

Para (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 87) “não se deve confundir “ativismo judicial” com maior protagonismo do Poder Judiciário”. Tendo em vista que a crescente atuação do Judiciário é decorrência intrínseca do Neoconstitucionalismo.

Nesta esteira, prossegue o autor buscando explicar que é relevante ter por destaque que o movimento Neoconstitucionalista liderado por *Konrad Hesse*<sup>203</sup>, citado pelo autor em “A Força Normativa da Constituição”, acentua o papel do Judiciário que tem por dever resguardar que a Constituição permaneça dotada de Normatividade.

Deste modo, o autor destaca o protagonismo sobressalente da Corte Constitucional, como um processo natural e positivo, vez que é possível extrair-se um “avanço na implementação dos direitos fundamentais e na consecução de sua função contra majoritária assegurando os direitos fundamentais de uma minoria” (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 87).

Assim, diferentemente acontece no crescente protagonismo judicial. O ativismo tem como consequência o efeito “*Backlash*”, que por sua vez nos ensina (LIMA, 2015, p. 2) “é uma reação adversa não desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial”

Entretanto, é necessário incrementar, que o processo político, de acordo com (BUNCHAFT, 2014), quando em seu exercício legislativo, se dispersa da atuação democrática sem buscar o conhecimento real dos interessados, inexoravelmente teremos a provocação do Judiciário, com vistas a estabelecer interpretações constitucionais em amplitude com movimentos sociais, inclusive decidindo quando necessário de maneira minimalista.

Nessa lógica, o autor explica que as intervenções judiciais recorrentes na tutela dos direitos fundamentais surgem em contrapartida ao desinteresse legislativo, em racionalizar o debate sopesando os interesses de uma democracia.

Nesta senda, o constitucionalista (NUNES JÚNIOR, 2018) apregoa pontualmente que a emenda 96/2017, ao acrescentar mais um parágrafo ao art. 225 da CF (1988), exprime claramente o efeito *backlash*, que para este representa enorme retrocesso ao direito dos animais, em detrimento da diversão humana.

---

203 *Konrad Hesse. A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. ()



O autor também explica que esta emenda não se reveste da proteção constitucional, vez que se apresenta, formalmente e materialmente, inconstitucional. Visto que sob a ótica do processo de emenda à constituição, não obstante, o fato da Carta Magna (1988) não estabelecer um intervalo mínimo para votação de emendas pelas respectivas casas, teria o Senado Federal infringido o Regimento Interno da referenciada casa parlamentar.

Prossegue o autor, acentuando que o objetivo da supradita casa, nos exatos termos, seria:

*(...) evitar que o Congresso Nacional, modifique, de inopino, de forma irrefletida, a Constituição Federal. Ora, quando uma Casa parlamentar viola o Regimento Interno nessa intensidade, não viola apenas a Constituição Federal, mas indiretamente ou reflexamente a própria Constituição Federal. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 814).*

Por outro lado, estaria a emenda 96/2017 materialmente eivada por inconstitucionalidade, devido aos seguintes argumentos explanados pelo mesmo autor, os autos da ADI 4.983 retratam a colisão de direitos fundamentais entre cultura e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, nesta perspectiva, a Emenda supracitada ao retroceder em matéria de direitos e garantias individuais, feriu frontalmente ao que se denomina de cláusula pétrea<sup>204</sup>.

Importa lembrar que o Estado ao dispor sobre a tutela ambiental não possui discricionariedade, devendo sempre que possível entonar a proteção ambiental, desse modo: "Os deveres de proteção ambiental conferidos ao Estado vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade de conformação na adoção de medidas atinentes à tutela do ambiente". (SARLET e FENSTERSEIFER, 2012)

Neste sentido, o autor pondera que dentre os limites estabelecidos ao poder Constituinte Reformador, destaca-se o que diz respeito a proteção ambiental, assim nos esclarece *in verbis*:

---

<sup>204</sup>Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, vale ressaltar a inserção da proteção ambiental no rol dos conteúdos permanentes da nossa ordem constitucional, o que se deu com a sua consagração como direito fundamental, conferindo-lhe, inclusive, o status de “cláusula pétrea”. (SARLET e FENSTERSEIFER, 2012, p. 145)

Deste modo, a proibição do retrocesso de acordo com o autor, atua sobremaneira como obstáculo imposto ao legislador, diante da atuação em desconformidade como panorama ambiental disposto na Constituição vigente.

Vale destacar também, a existência duas novas ADI’s tratando sob a emenda 96/2017, do mesmo ano da promulgação desta emenda de nº 5.728, ajuizada em julho de 2017 pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa animal, e a 5.772, de setembro de 2017, movida pela PGR, que além de impugnar matéria infraconstitucional que disponha sobre a vaquejada, impugna sobretudo a EC 96/2017.

Na ação direta de inconstitucionalidade proposta de nº 5.772 proposta pela Procuradoria Geral da República, tem se por fundamentação a limitação material ao poder constituinte de reforma assim sendo o disposto no §§ 1º a 4º do art. 60 da Constituição da República de 1988.

Igualmente, defendeu o PGR Rodrigo Janot nesta ADI, que a emenda assim como fundamentou nos autos da ação direta de inconstitucionalidade 4.983 ao impor que não se considerassem cruéis práticas desportivas de contexto cultural como a acontece com a vaquejada, estabeleceu conceito vago, para melhor análise analisemos *ad litteram*:

A Emenda Constitucional 96, de 6 de junho de 2017, ao não considerar cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam “manifestações culturais” (e este é conceito extremamente vago, no qual múltiplas práticas podem ser inseridas), colide na raiz com as normas constitucionais de proteção ao ambiente e, em particular, com as do art. 225, § 1º, VI, que impõe ao poder público a proteção da fauna e da flora e veda práticas que submetam animais a crueldade (inciso VII). A norma promulgada pelo constituinte derivado contraria recente decisão do Supremo Tribunal Federal que as- sentou a inconstitucionalidade das vaquejadas e definiu que “a obrigação de o Estado garantir todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da

observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”.

Assim, o PGR além de destacar que a norma em objeção afronta matéria em que o STF já haveria pacificado denota grave erro, ao passo que a inserção de múltiplas práticas poderem ser consideradas como culturais, aventaria por exemplo a possibilidade de se discutir novamente a farra do boi e as rinhadas de galo, que por sua vez também tinha por fundamento defensivo o contexto cultural de suas respectivas regiões

Portanto, sendo premente a necessidade que se aguardar qual será o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que atine a consagração destas duas novas ADI's, porquanto anteriormente a discussão da ADI 4.983 longe de estancar a chama até então inflamada, trouxe à tona o novo panorama ambiental.

### **Considerações finais**

Notadamente, o presente artigo buscou traçar os principais pontos acerca da constitucionalidade da prática da vaquejada e dos limites jurídicos da cultura.

Importa destacar, que o tema em análise além de recente, inaugura um novo paradigma de proteção ambiental. E neste ponto a atualidade do tema enriqueceu de maneira profunda a discussão posta neste artigo.

Ressalta-se que frente ao cenário do pós-humanismo, a relação homem e animais não-humanos consequentemente ganhou novos contornos, exigindo que além da sociedade, o legislativo cumpra o papel democrático que lhe assiste, concebendo regulamentação fidedigna ao direito dos animais não-humanos.

Haja vista, que a concepção de animal como máquina, que teria por finalidade ser explorada pelo homem, não se configura com o panorama até então evidenciado pela sociedade no momento atual.

E no que concerne às questões culturais em torno da prática da vaquejada é relevante destacar a mudança evidenciada, como salienta (FILHO, LEITE e LIMA, 2015), as vaquejadas em uma determinada época gozavam da participação de uma parcela significativa do povo ligado ao contexto cultural em que se afluía.

Assim é notável a necessidade de que o Estado, em seu múnus deve encontrar o melhor caminho que corresponda à cultura e à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que não poderá se manter o discurso contraditório das agressões infligidas aos animais, para que se alcance a finalidade da cultura e da economia.

A guisa de exemplificação, a ADI 4.983 intentada com o objetivo de judicialmente dar às discussões soluções jurídicas sob o tema da vaquejada, no intuito de diminuir os impactos na sociedade resolvendo erga omnes, tanto no que diz respeito ao âmbito do grau de lesividade da vaquejada, como sobremaneira nos campos de incidência necessária ao que concerne o direito ambiental, não pacificou o tema.

E passou longe disso uma vez que como fora anteriormente explicitado, a referida discussão no que concerne a ADI 4.983, reaparece nos autos das ADI's nº 5.728, ajuizada em julho de 2017 pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa animal, e a 5.772, de setembro de 2017, movida pela PGR, impugnando a EC 96/2017. ()

E neste ponto, o protagonismo sobressalente da Corte Constitucional, representa positivamente esta mudança de paradigma, uma vez que não se trata de reação adversa e sim como afirmamos anteriormente um "avanço na implementação dos direitos fundamentais e na consecução de sua função contra majoritária assegurando os direitos fundamentais de uma minoria" (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 87).

Entretanto, a alteração legislativa da emenda 96/2017 inegavelmente teve por consequência uma enorme resistência no campo social para pacificação da vaquejada, conforme já explicitado, suas implicações são muitas, mais vastos ainda são os seus efeitos, quando existe inclusive tipos penais incriminadores versando sobre a tipicidade do ato.

E neste espectro, não se pode olvidar, conforme acentua (Diniz M. H., Ato de crueldade ou de maus tratos: contra animais: um crime ambiental., 2018), a disposição de um animal a situações de maus-tratos, sacrifício fora da finalidade alimentícia e a submissão a situações excessivas de estresse, com exceção das situações sinantrópicas, inegavelmente constitui crime. E por isso estamos diante de uma preocupação ético-jurídica.

Por conseguinte, acentua a autora brilhantemente:

*Se se constatar crueldade em rodeio configurado restara, o crime previsto no art. 32, da Lei n. 9.605/1995. As pessoas físicas ou jurídicas que causarem*

*danos aos animais deverão responder penal (art. 32 Lei n. 9.605/98) e administrativamente (art. 7º, I a III da Lei n. 10.519/2002), independentemente da responsabilidade civil, que é objetiva. (...) O trabalho animal só poderá ser utilizado desde que não haja dano à sua saúde ou bem estar. (Diniz M. H., Ato de crueldade ou de maus tratos: contra animais: um crime ambiental, 2018, p. 108 e 110)*

Neste ponto, conforme explicou anteriormente (SILVA, 2013), a ponderação dos interesses dos animais não pode ficar encarregada apenas pelo campo da moral, dado que o artigo 225, §1º, VII, ao prescrever vedação à crueldade, permitiu interpretação no sentido da existência da individualidade dos animais, eclodindo num processo de modificação do status jurídicos dos animais.

Ademais, embora tenha o Ministro Edson Fachin relatado nos autos da ADI 4.983, que a vaquejada representa um processo civilizatório, quando explicitou, que “a noção de cultura é uma noção construída, não é um a priori, como aliás está na obra de Tânia Maria dos Santos”. (STF, 2016, p. 14).

Deve este processo civilizatório respaldar-se em um contexto normativo, e não meramente cultural recreativo, assim sacrificando algumas de suas práticas quando evidentemente contrastar com a proteção disposta no texto Constitucional.

Dessa forma, uma vez que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, se apresente como imprescindível, cabe a todas as esferas de centralização do poder respeitar e conservar garantido o acesso pleno das gerações presentes e futuras.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, M. C. A terra e o homem no Nordeste. São Paulo: Cortez, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA - ABVAQ. REGULAMENTO GERAL DE VAQUEJADA. Disponível em: <[http://abvaq.com.br/app/webroot/documentos/regulamento\\_geral\\_abvaq\\_2017-v1.pdf](http://abvaq.com.br/app/webroot/documentos/regulamento_geral_abvaq_2017-v1.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BBC. O boi teve o rabo arrancado: proibição da vaquejada abre polêmica. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37830658>>. Acesso em: 09 janeiro 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988., Brasília,DF, out 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>.

BRASIL. Instrução Normativa nº 3, de 17 de janeiro de 2000. Regulamento técnico de métodos de insensibilização para o abate humanitário de animais de açougue., 03 jan 2000. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sustentabilidade/bem-estar-animal/arquivos/arquivos-legislacao/in-03-de-2000.pdf/view>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de nov de 2016. Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial., Brasília,DF, nov 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho DE 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica., Brasília,DF, jun 2017. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm)>. Acesso em: 2018 abril 26.

BUNCHAFT, M. E. MINIMALISMO JUDICIAL, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: UMA REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS DE MINORIAS SEXUAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA. Novos estudos jurídicos, Itajaí, Abril 2014. 122-156. Disponível em:  
<[https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5539/pdf\\_5](https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5539/pdf_5)>. Acesso em: 4 Abril 2018.

CANOTILHO, J. G.; MORATO, J. R. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEARÁ. LEI N.15.299, de 08 de Janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado do Ceará., Fortaleza,CE, jan 2013. Disponível em:  
<<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>. Acesso em: 2018 abril 27.

CUNHA, F. Artigo Lei da vaquejada: Raízes da contradição, 2013. Disponível em:  
<<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/vidaarte/2013/01/29/noticiasjornalvidaarte,2996638/lei-da-vaquejada-raizes-da-contradicao.shtml>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

DIAS, E. C. A Tutela Jurídica dos Animais. Belo Horizonte,; Mandamentos, 2000.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <Disponível em <https://www.dicio.com.br/apartacao/>>. Acesso em: 04 abril 2017.

DINIZ, M. H. Revista Brasileira de Direito Animal. Defaunação: a atual crise da biodiversidade, Salvador, 12, n. 01, Jan-Abr 2017. 15-52.

DINIZ, M. H. Ato de crueldade ou de maus tratos: contra animais: um crime ambiental. Revista Brasileira de Direito Animal – Brazilian Animal Rights Journal., Salvador, BA, 13, Jan/Abr 2018. 96-119. Acesso em: 03 Maio 2018.

DWORKIN, R. O Imperio do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FILHO, W. S.; LEITE, R. A.; LIMA, V. B. A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.9831. Revista Brasileira de Direito Animal, 10, 20 SET-DEZ 2015. 59 a 80. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15297/10657>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

HESSE, K. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre: [s.n.], 1991.

JANEIRO, A. E. O. Dicionário multilíngue. Disponível em: <<https://www.linguee.com.br/portugues-ingles/traducao/desenluvamento.html>>. Acesso em: 09 janeiro 2017.

JANOT, R. INICIAL ADI 4.983. STF, 2013. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=3509171&tipoApp=.pdf)>. Acesso em: 14 jan. 2018.

LARAIA, R. D. B. Cultura: Um conceito antropológico. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

LIMA, G. M. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial, 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito->

backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 4 abril 2018.

LLOSA, M. V. A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução de Ivone benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. ISBN 978-85-390-0494-2.

MIRANDA, M. P. D. S. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional#author>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

MORAES, A. D. Direito constitucional. 33 rev. e atual. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NACONECY, C. M. Ética & animais: um guia de argumentação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

NAGEL, T. What Is It Like to Be a Bat? The Philosophical Review, Duke University Press , v. 83, n. 4, p. 435-450, October 1974.

NUNES JÚNIOR, F. M. A. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

'O boi teve o rabo arrancado': proibição da vaquejada abre polêmica. BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37830658>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

SÃO PAULO. Lei nº 16.303, de 06 de setembro de 2016. Dispõe sobre a criação de acesso no portal da Delegacia Eletrônica da Secretaria da Segurança Pública para atendimento de ocorrências envolvendo animais, São Paulo, SP, set 2016. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2016/lei-16303-06.09.2016.html>>. Acesso em: 03 maio 2018.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. Direito Constitucional descomplicado. 16. ed. rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: MÉTODO, 2017.

PEIXOTO, M. Parques e haras se modernizam para novos tempos de vaquejadas, 2017. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/parques-e-haras-se-modernizam-para-novos-tempos-de-vaquejadas-1.1832821>>. Acesso em: 2018 jan. 31.



SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na constituição brasileira. Brasília, DF: [s.n.], 2012.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Direito Constitucional Ambiental. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, T. T. D. A. Direito animal e pós-humanismo: formação e autonomia de um saber póshumanista. Revista Brasileira de Direito Animal – Brazilian Animal Rights Journal., Salvador, BA, 8, n. 13, 1809-9092 2013. 161-259. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/9149/6585>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4.98.3 CE RELATOR: : MIN. Marco Aurélio. DJ: 06/10/2016. STF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>>. Acesso em: 27 abril 2018.

TÁPIA, F. Children who are cruel to animals. Cruelty to animals and interpersonal violence: reading in research and application. Indiana: Purdue University Press, 1997.

UNESCO, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS. Liga Portuguesa dos Direitos do Animal., 1978. Disponível em: <<http://www.lpda.pt/declaracao-universal-dos-direitos-animal/>>. Acesso em: 29 abril 2018.

## **A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

**LIVIA MARTINS NUNES BRAGA:**

Advogada pós-graduada

**RESUMO**205: O presente trabalho monográfico visa analisar a Defensoria Pública enquanto garantia institucional, resguardando e preservando os direitos fundamentais dos indivíduos em situação de vulnerabilidade dentro do contexto social brasileiro. Inicialmente, verificam-se as noções da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana com vistas a verificar sua influência no Estado democrático nacional. Em seguida, analisa-se o papel institucional da Defensoria Pública, as características inerentes à sua conformação dentro da ordem jurídica para assegurar a efetividade das normas jusfundamentais, destacando suas atribuições e sua autonomia nas esferas estadual, federal e distrital. Ao final, compreende-se que o status de garantia institucional da Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado vincula-se à promoção da justiça social e à imprescindibilidade deste órgão dentro das estruturas do poder público que se confirmam através de ações voltadas para a tutela do direito-garantia de acesso à justiça dos grupos vulneráveis. A metodologia tem cunho bibliográfico com apoio de livros e artigos científicos de juristas, tais como Paulo Bonavides, J.J. Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Amélia Soares da Rocha e Frederico Rodrigues Viana de Lima, bem como de legislações contidas em sítios oficiais e jurisprudências dos Tribunais Superiores. Conclui-se que a Defensoria Pública é um instrumento essencial para resguardar a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas em situação de vulnerabilidade, garantindo-lhes o acesso à justiça de modo a promover uma maior isonomia e a redução das desigualdades sociais que vitimam majoritariamente esse grupo de indivíduos.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Direitos Fundamentais. Grupos Vulneráveis. Acesso à Justiça. Garantia Institucional.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 NOÇÕES DE TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: expressões sinônimas? 1.2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais: sua evolução e compreensão atual. 1.3 As Acepções (ou Dimensões) Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais. 1.4 Direitos

---

205 Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito e Processo Constitucionais, sob a orientação de conteúdo do Professor Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

Fundamentais Implícitos, Explícitos e o Bloco de Constitucionalidade. 1.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 1.5.1 Raízes Históricas: Cristianismo, Idade Média e Pensamento Kantiano. 1.5.2 Substrato da Dignidade da Pessoa Humana. 1.5.3 A Dignidade da Pessoa Humana como norma-regra e como norma-princípio: limite e meta da atuação estatal. 2 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2.1 O Papel Institucional da Defensoria Pública. 2.1.1 Considerações Gerais acerca da Instituição. 2.1.2 Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 2.1.3 Garantias de seus Membros. 2.2 Atribuições da Defensoria Pública e sua Dimensão de Garantia Institucional. 2.2.1 Tradicional Compreensão das Atribuições. 2.2.2 Moderna Compreensão das Atribuições. 2.3 A Autonomia da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e da União. 2.3.1 A Autonomia das Defensorias Públicas a partir das Emendas Constitucionais nº 45/04, 69/12 e 74/13. 3 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL. 3.1 Garantias Institucionais versus Garantias do Instituto. 3.2 Um Recorte sobre os Campos de Atuação da Defensoria Pública no Resguardo aos Direitos Fundamentais de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. 3.3 A Defensoria Pública como Garantia Institucional: caracterização e efeitos. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública surge com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento de redemocratização do Estado brasileiro marcado historicamente pelo fim do período ditatorial e da reestruturação político-social do país, sendo ela instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem se destina, 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.

Os constituintes originários deram início à construção da instituição que, desde então, vem se consolidando dentro da ordem jurídica nacional, ganhando destaque e reconhecimento pela relevância de sua atividade e, conseqüentemente, ensejando o fortalecimento de sua estrutura enquanto órgão público através da equiparação de garantias em relação aos demais órgãos jurisdicionais, da legitimação dos princípios institucionais e da independência e autonomia de sua atuação, decorrentes da elaboração da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/94) e da edição de Emendas Constitucionais.

Desse modo, a nova ordem constitucional, cujas bases se firmaram na máxima da dignidade da pessoa humana, criou novos instrumentos políticos voltados para a efetivação da justiça social, da redução de desigualdades e do fortalecimento dos meios de proteção dos direitos e garantias dos indivíduos e, quanto à Defensoria Pública, uma atuação direcionada a contextos múltiplos de vulnerabilidade, fato este que fornece subsídios para a compreensão da sua essencialidade institucional.

Nessa toada, o ordenamento jurídico brasileiro atribui à Defensoria Pública a competência para exercer o múnus de garantir a máxima efetividade na proteção e no resguardo dos direitos fundamentais dos vulneráveis, seja sob a perspectiva dos comandos constitucionais ou dos infraconstitucionais, potencializando a voz desses indivíduos e assegurando-lhes o auxílio estatal a fim de viabilizar o seu acesso à justiça.

Isso reflete a ampliação do Direito, a importância de se ter mecanismos e agentes jurídicos dentro da conformação do poder público que sejam capazes de expandir e robustecer as instituições do sistema de justiça para então torná-los capaz de salvaguardar um determinado contingente de personagens sociais tendentes a serem submetidos a situações de fragilidade e desamparo, a exemplo dos indígenas, das crianças e dos adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência e dos que ingressam no sistema penitenciário.

Para esses grupos de indivíduos, a concretização eficaz da proteção dos direitos fundamentais que se espera dentro de um Estado democrático e de promoção do bem-estar social, pressupõe o efetivo acesso à justiça assim como os recursos adequados a serem fornecidos para que seja possível e viável acioná-la, sendo elemento mestre nesse processo a presença de instituições sedimentadas e plenamente equipadas para essa atuação, o que confirma a importância fundamental da Defensoria Pública.

Assim, o órgão defensorial, ao albergar amplamente a custódia e a otimização dos direitos fundamentais, sejam eles de caráter civil, político ou social, assume o papel de garante, incumbido de prestar assistência jurídica aos necessitados propiciando a redução das desigualdades e a vedação do retrocesso social, bem como a promoção do exercício da cidadania e da efetivação de seus direitos, revelando o alto grau de comprometimento da instituição.

Portanto, o presente trabalho visa ao exame e compreensão da Defensoria Pública como instrumento primordial e garantia institucional efetiva destinada a assegurar a efetividade das normas jusfundamentais, dos direitos fundamentais e do acesso à justiça àqueles inseridos em contextos de vulnerabilidades múltiplas, tendo como cerne o princípio da dignidade da pessoa humana.

A escolha do tema justifica-se pela sua relevância, pela imprescindibilidade de um enfoque direcionado a resguardar os direitos de grupos que sofrem violações estruturais aos seus direitos de forma sistemática e reiterada, sendo este um dos grandes desafios enfrentados pela sociedade brasileira em decorrência da fragilidade dos mecanismos institucionais e político-sociais voltados para sua proteção no meio social, chamando a atenção para a necessidade de um maior investimento público na construção de ferramentas eficazes para uma atuação voltada à garantia dos direitos desses indivíduos.

Tem-se, pois, como objetivos específicos, o estudo da proteção dos direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade promovida a partir da atuação da Defensoria Pública, estabelecendo uma análise geral das nuances e particularidades a ela inerentes e da sua relevância dentro da ordem jurídica brasileira enquanto instituição imprescindível para a promoção do acesso à justiça.

No primeiro capítulo, serão abordadas noções da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, com foco no debate acerca da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, as dimensões dos direitos fundamentais e a evolução histórica do seu estudo até a compreensão atual, bem como suas acepções objetiva e subjetiva e a sua relevância dentro do bloco de constitucionalidade. Ademais, será objeto de estudo a dignidade da pessoa humana, analisando suas raízes históricas, seu substrato e as especificidades inerentes ao seu caráter dúplice de norma-regra e norma-princípio.

No segundo capítulo, pretende-se tratar a Defensoria Pública enquanto órgão garantidor dos Direitos Fundamentais, a partir do delineamento de seu papel enquanto instituição pública, de suas origens históricas e distinções relevantes, de seus princípios institucionais, das garantias e limitações dos seus membros e das suas atribuições. Outrossim, busca-se uma explanação acerca da autonomia das Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União e os impactos promovidos a partir da vigência das Emendas Constitucionais nº 45/04, 69/12 e 74/13.

No terceiro capítulo, objetiva-se a investigação a Defensoria Pública como Garantia Institucional, estabelecendo a diferenciação entre as Garantias Institucionais e as Garantias do Instituto, estabelecendo um recorte sobre os campos de atuação da Defensoria Pública no resguardo aos Direitos Fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade e, por fim, apresentando as características e os efeitos que fundamentam a atuação defensorial enquanto Garantia Institucional.

A metodologia a ser utilizada será baseada em estudo descritivo-analítico. Em relação à tipologia, será realizada uma pesquisa bibliográfica e documental através de

livros, artigos científicos, legislações nacionais e internacionais, publicações e documentos especializados de autores como Paulo Bonavides, J.J. Gomes Canotilho, Ingo Sarlet, Amélia Soares da Rocha e Frederico Rodrigues Viana de Lima, disponibilizados de forma impressa ou pela Internet.

A utilização dos resultados é pura, pois terá como finalidade o conhecimento mais aprofundado a respeito do tema abordado. Segundo a abordagem, é qualitativa, na medida em que se aprofunda na compreensão da atuação da Defensoria Pública e o impacto que ela, enquanto órgão estatal, promove dentro do cenário social. Quanto aos objetivos, é descritivo, posto que busca observar, verificar e compreender o fenômeno analisado.

Logo, a discussão sobre o tema é de grande valia, tendo em vista que apresenta o órgão defensorial como um mecanismo de estrutura do poder público capaz de modificar as conformações sociais, de facilitar a solução de conflitos ao acionar a justiça e de resguardar a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, partindo de um olhar mais atento que prioriza atender indivíduos em regra colocados à margem da sociedade e, exatamente por isso, postos em um patamar de destaque dentro da atuação defensorial, revelando a tamanha importância de se trazer para o debate acadêmico o estudo da Defensoria Pública enquanto instituição garantidora dos direitos fundamentais de pessoas inseridas no conceito multidimensional de vulnerabilidade.

## **1. NOÇÕES DE TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Este capítulo terá como tema central a Teoria dos Direitos Fundamentais a fim de realizar uma análise ampla sobre o assunto, suas categorias mais relevantes, sua evolução histórica, seu campo de abrangência, suas dimensões objetiva e subjetiva de eficácia e sua relevância para o bloco de constitucionalidade.

Também constará o debate acerca do princípio da dignidade da pessoa humana como estrutura central do sistema protetivo dos direitos fundamentais e como critério de validade e legitimação dos ordenamentos jurídicos nacionais, a partir de uma abordagem relacionada ao contexto histórico, ao conteúdo axiológico a ele inerente, à relevância jurídico-normativa e seu papel como elemento fundamental para a conformação do atual Estado democrático de direito e para o constitucionalismo contemporâneo.

### **1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: expressões sinônimas?**

Os direitos humanos e os direitos fundamentais representam a base do constitucionalismo contemporâneo e o aprofundamento do seu estudo é basilar para a

compreensão da ordem constitucional vigente, na medida em que tais direitos orientam, limitam e organizam tanto a atuação estatal quanto as relações em sociedade, com projeções de âmbito universal e regional na busca pela abrangente efetivação da dignidade da pessoa humana.

Tais direitos, que hoje assumem um compromisso com a efetivação do núcleo básico do direito constitucional, passaram por um longo e intenso processo evolutivo, permeado por inúmeras realidades político-sociais em diferentes lugares e momentos históricos que culminaram no seu reconhecimento por parte do Estado, resultando no surgimento da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.

Consoante depreende-se do pensamento de Mazzuoli (2019, p. 3-5), direitos fundamentais são aqueles que surgem e se exaurem a partir das Constituições dos Estados, são valores e garantias consagrados pela ordem jurídica nacional que, delimitados espacial e temporalmente, voltam-se à proteção dos seus indivíduos. Por outro lado, os direitos humanos são formados por valores e garantias consagrados na ordem jurídica internacional, uma vez que extrapolam a órbita dos Estados soberanos, ou seja, enquanto aqueles se limitam a direitos inseridos na órbita do direito interno, estes configuram direitos e garantias inerentes à essência humana, dotados, portanto, de maior amplitude e abrangência, garantidos por normas de caráter internacional e, confirmando tal lição:

[...] Importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que atribuímos às expressões 'direitos humanos' (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e 'direitos fundamentais', concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional. Da mesma forma, registra-se que não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões cada vez mais relacionadas entre si, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 311).

Ademais, Bonavides (2004, p. 560) reconhece que os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”, e fazendo uma análise acerca das lições de Carl Schmitt sobre a caracterização de tais direitos, bem afirma que:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis (unabänderliche)* ou pelo menos de mudança *dificultada (erschwert)*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição. Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos (grifo do autor) (BONAVIDES, 2004, p. 561).

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), seguindo as tendências que predominavam no direito comparado à época – com destaque para a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949 – foi a primeira Lei Maior a trazer em seu bojo a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”, abrangendo direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos, revelando a preocupação dos constituintes originários em proteger a dignidade da pessoa humana, marcando um grande avanço na consolidação desta máxima (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 308).

A positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional pátrio é primordial para a fundamentação e a legitimação de toda a estrutura normativa de um Estado democrático de direito que, vinculado à noção de dignidade da pessoa humana, atua na busca pela limitação do poder do Estado. Nessa toada, os constituintes originários atribuíram propriedades identificadoras dos direitos fundamentais para garantir sua proteção, estabilidade e efetivação na seara jurídica, tanto no plano teórico quanto prático, quais sejam a sua aplicação imediata, haja vista não necessitarem de regulamentação para produzirem efeitos, a sua natureza de cláusula pétrea, advinda do artigo 60, §4º, IV, da CF/88 e sua hierarquia constitucional, refletindo que sua efetividade



deve sempre prevalecer em face de normas infraconstitucionais (MARMELSTEIN, 2019, p. 15-17).

Diante de uma abordagem acerca dos direitos humanos, por serem estes dotados de supranacionalidade e universalidade, consubstanciam vetores indispensáveis à uma vida digna, trazendo consigo um rol de padrões jurídicos mínimos e essenciais que vão sendo ampliados à medida em que a sociedade e a história evoluem, a fim de que a todos, sem qualquer distinção, seja garantida a dignidade da pessoa humana (FERREIRA FILHO, 2016, p. 46-47).

Luño (2005, p. 50-53) defende que cada momento da história provoca um impacto nos direitos humanos, na medida em que permite uma releitura conceitual e interpretativa acerca da dignidade, liberdade e igualdade humanas, bem como dos demais axiomas essenciais à garantia da máxima proteção do indivíduo, tanto sob o ponto de vista do direito internacional quanto nacional, ensejando, conseqüentemente, o reconhecimento dessas alterações nos respectivos ordenamentos jurídicos existentes.

Adotando o mesmo pensamento, Ramos (2019, p. 29) introduz o seu estudo acerca do tema asseverando que “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”. Nessa mesma senda é o entendimento de Portela (2017, p. 851):

Direitos Humanos é todo direito inerente e essencial que visa proteger e promover a dignidade humana em todo o mundo, consagrando uma série de direitos dirigidos a todos os indivíduos sem distinção de qualquer espécie,

inclusive de nacionalidade ou do Estado onde a pessoa se encontra. Ou seja, faz jus a todos os indivíduos da espécie humana, sem distinção.

Outrossim, há que se mencionar que os direitos humanos representam verdadeiros padrões jurídicos mínimos, consubstanciando um plexo de direitos considerados indispensáveis, ou seja, não há um rol pré-determinado, pois os direitos basilares vão surgindo à medida que a história e as lutas sociais avançam e, conforme asseveram Dimoulis e Martins (2012, *online*), os direitos humanos decorreram do processo de internacionalização dos direitos fundamentais que foi alavancado durante o século XX, principalmente com o pós-Segunda Guerra Mundial.

Em que pese o exercício interpretativo a fim de diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais, delimitando as suas particularidades e a abrangência da sua aplicabilidade, o fato é que ambos integram um amplo sistema normativo voltado para a efetivação da máxima proteção do ser humano, ou seja, do conjunto de direitos essenciais para a consecução de uma vida digna a todo ser humano, tendo como fim precípua a preservação e valorização da sua dignidade. Nessa linha ensina Piovesan (2018, p. 74) acerca do direito dos direitos humanos em face de ordenamentos nacionais:

[...] No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma — de origem internacional ou interna — que melhor proteja os direitos humanos.

Obsta pontuar que, segundo Bonavides (2004, p. 560-562), em que pese as expressões direitos fundamentais e direitos humanos serem as mais difundidas e corriqueiramente aplicadas no campo jurídico, há que considerar a existência de outras terminologias como direitos naturais, direitos do homem, direitos civis, direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos fundamentais do homem e direitos humanos fundamentais, as quais, não raras vezes, são utilizadas indistintamente por juristas nacionais e internacionais para tratar sobre a mesma questão, sendo esta equiparação equivocada, tendo em vista que todas fazem referência a direitos mais limitados em relação aos direitos fundamentais, à exceção dos direitos humanos.

Nessa mesma senda, Sarlet (2012, p. 24) critica a utilização de tais expressões por considerá-las restritivas e incapazes de abranger a extensa gama de direitos existentes dentro da ordem jurídica nacional e internacional, conforme segue:

[...] A moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como 'liberdades públicas', 'liberdades fundamentais', 'direitos individuais' e 'direitos públicos subjetivos', 'direitos naturais', 'direitos civis', assim como as suas variações, porquanto

– ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível do direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.

No que se refere à locução direitos naturais, recebem essa denominação com base em uma linha filosófica que entende o ser humano como titular de direitos, antes mesmo da existência do Estado e que, apesar de estar atrelada ao nascedouro dos direitos humanos e fundamentais, não é tecnicamente adequada a sua aplicação e, nesse sentido, Tavares (2020, p. 354) reconhece a existência dessa conexão ao mesmo tempo em que a critica, conforme se denota:

A expressão 'direitos fundamentais' em muito se aproxima da noção de direitos naturais, no sentido de que a natureza humana seria portadora de certo número de direitos fundamentais. Contudo, sabe-se que não há uma lista imutável dos direitos fundamentais, que variam no tempo. Daí a inadequação do termo.

A menção aos direitos do homem, por outro lado, exclui o sentido da universalidade dos direitos humanos ao priorizar apenas a figura masculina em detrimento da mulher, fazendo nítida distinção de gênero. Ademais, apesar de existirem doutrinadores que a reconhece como sinônimo dos direitos humanos, a exemplo de Canotilho (1993), na verdade ela está ligada tão somente à sua origem, pois remonta ao período das revoluções liberais do século XVIII, dizendo respeito, na verdade, aos direitos naturais, não positivados, tanto na esfera nacional quanto internacional. Ao tratar do tema, Mazzuoli (2019, p. 5) destaca que:

Trata-se de expressão de cunho jusnaturalista que conota a série de direitos naturais (ou seja, ainda não positivados) aptos à proteção global do homem e válidos em todos os tempos. São direitos que, em tese, ainda não se encontram nos textos constitucionais ou nos tratados internacionais de proteção. Contudo, nos dias atuais, salvo raros exemplos, é muito difícil existir uma gama significativa de direitos conhecíveis que ainda

não constem de algum documento escrito, quer de índole interna ou internacional. Seja como for, a expressão *direitos do homem* é ainda reservada àqueles direitos que se sabe *ter*, mas não *por que* se tem, cuja existência se justifica apenas no plano jusnaturalista. Uma crítica à expressão liga-se à determinação de gênero que faz relativamente ao 'homem' (sexo masculino), sugerindo eventual discriminação aos direitos da 'mulher', o que reforça o seu desuso em muitos países (e legislações) nos dias atuais (grifo do autor).

O termo direitos individuais trata apenas de determinada parcela dos direitos humanos, qual seja aqueles voltados à proteção do indivíduo, ignorando direitos transindividuais e sociais, por exemplo. Já a expressão liberdades públicas representa apenas uma fração dos direitos humanos, pois está atrelada às garantias de ação na vida social conferidas ao indivíduo, como os direitos de liberdade, locomoção e reunião. Quanto à locução direitos fundamentais do homem, é utilizada por Silva (2005, p. 178) ao entender ser ela mais cabível do que apenas fazer menção a direitos fundamentais:

*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (grifo do autor).

Já a terminologia direitos humanos fundamentais, cunhada por Alexandre de Moraes, sendo também adotada por juristas como André Ramos Tavares e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e pressupõe a reunião de direitos que tutelam o indivíduo em face do arbítrio estatal, o que reduz, novamente, a sua abrangência, uma vez que não insere nessa qualificação o rol de direitos que visam a proteção plena do ser humano, a exemplo dos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade. Diante disto, segue apresentação de Moraes (2011, p. 20-22) sobre os direitos humanos fundamentais:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. [...] O importante é realçar que os direitos

humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais. A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

Desse modo, conclui-se que os direitos fundamentais e os direitos humanos representam ramos autônomos dentro da ciência do Direito, mas que, ao mesmo tempo, estão entrelaçados e visam estabelecer, dentro do âmbito específico de seus estudos, uma base concreta capaz de proporcionar, de forma perene, uma vida digna aos indivíduos, protegendo-os contra quaisquer violações praticadas ou toleradas pelo Estado, tanto no contexto da ordem jurídica nacional quanto internacional.

## **1.2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais: sua evolução e compreensão atual**

Para compreender a formação dos direitos fundamentais como hoje se apresentam em grande parte das Constituições no mundo faz-se essencial analisar a evolução histórica percorrida ao longo do tempo, principalmente a partir do século XVIII, com o surgimento das revoluções burguesas que marcaram o surgimento do constitucionalismo.

Tendo como marco temporal precípua a Revolução Francesa, de 1789, e toda a luta social em face do autoritarismo e da opressão estatal na busca pelo fim do Estado absolutista francês daquele período, a noção de direitos fundamentais surge como um alicerce jurídico-normativo limitador desse poder do soberano, formando a base de um Estado de Direito baseado na separação dos poderes e preocupado com a valorização e a proteção do bem comum.

A divisão dos direitos fundamentais em gerações - ou dimensões como preferem alguns doutrinadores - foi desenvolvida e apresentada por Karel Vasak, em 1979, durante uma aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em Estrasburgo, França, quando, ao abordar os estudos acerca dos direitos fundamentais, o

fez relacionando-os com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, lemas da Revolução Francesa (BONAVIDES, 2004 p. 562-563).

Diante do momento histórico em que se vivia, Marmelstein (2019, p. 38-39) afirma que a ideia inicial de Vasak foi traçar uma comparação entre a bandeira francesa e os direitos fundamentais, relacionando-os com os valores da Revolução e dividindo-os em gerações, onde o azul simbolizava a liberdade, o branco a igualdade e o vermelho a fraternidade, fazendo surgir então a "teoria das gerações dos direitos" que se tornou grande referencial nos estudos acerca dos direitos fundamentais até os dias de hoje. Nesse sentido, Ferreira Filho (2016, p. 73) também afirma que "a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade".

Pontue-se que a expressão "gerações" dos direitos fundamentais é objeto de reiteradas críticas doutrinárias, tendo em vista que traz a ideia de substituição ou sucessão de uma geração por outra ou de que uma geração ultrapassa a outra e assim sucessivamente, enquanto o que se observa é que entre elas há uma congruência, uma interligação fundamental para o fortalecimento e preservação das garantias à dignidade do indivíduo, buscando resguardar os direitos que vão sendo violados ou desrespeitados ao longo do tempo e que necessitam permanentemente da tutela especial da lei e do Estado e, nesse sentido, observa-se que:

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos (TAVARES, 2020, p. 355).

Ao abordar esse tema, Piovesan (2018, p. 236) destaca a interseção e a indissociabilidade existente entre o rol de direitos voltados à proteção do homem, independentemente de qualquer separação geracional, conforme segue adiante:

Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela

interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez, esvaziado, revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais que trata dos direitos da liberdade, assim considerados os direitos civis e políticos, surgiu durante as revoluções burguesas que lutavam pelo fim do arbítrio e do autoritarismo do Estado, marcando o constitucionalismo moderno e a elaboração das Constituições Americana, de 1787 e Francesa, de 1791, e que, conforme lição de Bonavides (2004, p. 563), esses direitos foram “os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional [...] que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. O doutrinador também faz referência à trajetória percorrida para o reconhecimento de tais direitos em âmbito constitucional:

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo da sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder. Essa linha ascensional aponta, por conseguinte para um espaço aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão (BONAVIDES, 2004, p. 563).

Tais direitos são dotados de grande carga subjetiva e de acentuado caráter individualista, na medida em que têm como titular o indivíduo, visando proteger a personalidade e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, são direitos de resistência, que se opõem à atuação do Estado, dele exigindo uma prestação negativa ou de defesa, ou seja, uma não intervenção na vida pessoal dos indivíduos, tendo em vista que apenas com essa atitude abstencionista seria possível evitar a violação dos direitos da liberdade (FERNANDES, 2011, p. 185-186).

Assim sendo, como forma de garantir o *status libertatis* do indivíduo, os direitos de primeira dimensão estão inseridos na categoria do *status negativus* segundo a classificação de Jellinek, representando a omissão do Estado em prol da preservação das liberdades do homem.

A propósito, a teoria desenvolvida por Jellinek dividiu em direitos negativos e positivos os direitos fundamentais, entendendo que aqueles eram identificados como direitos de primeira dimensão, pois formados por direitos civis e políticos, em razão do caráter abstencionista do Estado e da sua não interferência nas liberdades dos indivíduos, ao passo que estes eram compostos por direitos de segunda dimensão, ou seja, direitos sociais e econômicos, os quais necessitavam do imperativo da tutela estatal como garante para a sua consolidação e implementação de políticas públicas voltadas para atender aos anseios da sociedade (NOVELINO, 2014, *online*).

Esta dimensão tem como marco referencial a Revolução Francesa, de 1789, cujos ideais liberais objetivavam primordialmente a conquista de maior liberdade dos cidadãos frente ao Estado, ensejando, no mesmo ano, a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, instrumento normativo símbolo da proteção dos direitos fundamentais que dispõe expressamente acerca da proteção dos direitos civis e políticos.

Ademais, tem-se que os direitos de primeira dimensão correspondem à fase inaugural do constitucionalismo que, visando a garantia das liberdades públicas dos indivíduos, buscava reverter o cenário histórico desumano em que ficavam à margem de qualquer política pública voltada para a garantia dos seus direitos e, conforme lição de Bonavides (2004, p. 564), “são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”.

No que se refere aos direitos civis, Mazzuoli (2019, p. 31) leciona que estão ligados às diversas manifestações de expressão do indivíduo perante a sociedade, a exemplo das liberdades de manifestação do pensamento, de expressão, de consciência e de crença, de reunião, de locomoção e de propriedade, ao passo que os direitos políticos estão relacionados à participação do povo na vida política do Estado e da



regulamentação do exercício democrático do poder, manifestados através do direito de votar e ser votado, do direito de crítica, da participação em plebiscitos, referendos, da iniciativa popular, da filiação partidária, entre outros.

Conforme explana Marmelstein (2019, p. 56), a segunda dimensão dos direitos fundamentais está atrelada aos direitos de igualdade, quais sejam os direitos econômicos, sociais e culturais, cujo surgimento se deu com a Revolução Industrial, no decorrer do século XIX, período marcado pelo avanço no desenvolvimento industrial e de técnicas de produção, mas também de graves violações à dignidade dos trabalhadores, os quais eram submetidos a situações precárias de trabalho e graves violações à condição mínima de vida humana, como jornadas excessivas de trabalho, crianças e mulheres submetidos a trabalhos braçais exaustivos e ausência de descanso semanal, fome e falta de cuidados médicos. É nesse contexto também o pensamento de Sarlet (2012, p. 49):

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão 'social' encontra justificativa [...] na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Assim, os problemas sociais vividos pela classe operária daquela época e a luta por melhores condições de vida e de trabalho provocaram uma grave crise do liberalismo a partir do nascimento de ideologias antiliberais no século XX. Diante da crise econômica

e do descenso do Estado liberal, o modelo de Estado social ganhou força, defendendo uma atuação positiva, de interferência do Estado na sociedade.

Portanto, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, os direitos econômicos, sociais e culturais exigem uma prestação efetiva e eficiente do Estado a fim de garantir condições adequadas à fruição de uma vida digna e um mínimo de bem-estar social, o modelo político do "*welfare state*", ou seja, o auxílio estatal para os indivíduos que dele necessita, passando a adotar uma postura de intervenção nas relações sociais, econômicas e laborais a fim de promover a igualdade social.

Dessa maneira, esta dimensão marca um grande avanço na proteção dos direitos trabalhistas, a partir da compreensão de que a posição de inferioridade econômica e social dos trabalhadores seria minorada com a elaboração de instrumentos legais que contemplassem, ao mesmo tempo, limites aos empregadores e direitos mínimos a serem garantidos aos empregados para que fosse possível estabelecer uma relação trabalhista equilibrada e nas palavras de Marmelstein (2019, p. 47) "entre esses direitos, vale citar: a garantia de recebimento de salário mínimo, piso salarial, o direito de greve e de sindicalização, o direito a férias, a limitação da jornada diária de trabalho etc".

Esta dimensão tem como grandes marcos referenciais a Constituição Mexicana, de 1917, resultado da Revolução Mexicana, de 1910, e a Constituição de Weimar, de 1919, pois foram as primeiras a inaugurar a positivação destes direitos, reconhecendo constitucionalmente a igualdade nos âmbitos econômico e social, mas, nesse mesmo contexto, afastando-se da tendência liberal clássica do ocidente, surgiu também a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, elaborada durante o período da Revolução Russa, de 1917 e, posteriormente, a Constituição soviética, de 1918 (DIMOULIS; MARTINS, 2012, *online*).

No Brasil, as Constituições de 1934 e, de forma mais abrangente a de 1946, foram as precursoras na proteção destes direitos de segunda dimensão, ao dispor, por exemplo, sobre direito à educação, assistência social, aposentadoria e direitos dos trabalhadores, formando, assim, as bases para a construção de um Estado do bem-estar social.

Destaque-se que, em que pese as normas que tratam sobre direitos fundamentais serem de eficácia imediata, nos exatos termos da Constituição Federal de 1988 ao dispor que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", aquelas referentes aos direitos de segunda dimensão, por vezes, demandam investimentos, significando que o Estado tem o dever de destinar parcela das verbas públicas para a sua execução e promoção, exigindo dele prestações materiais voltadas

para produzir e distribuir bens essenciais aos indivíduos. Nesse contexto, Bonavides (2004, p. 564) afirma o que segue:

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Assim, tendo em vista que esses direitos de segunda dimensão estão ligados aos valores da igualdade, tanto formal quanto material, priorizando a redução das desigualdades fáticas, é nesse momento que surgem as garantias institucionais e no âmbito nacional, são manifestações de tais direitos o benefício conferido pela LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social, a garantia de uma renda mínima aos cidadãos, o rol de direitos sociais elencado pelo artigo 6º, da CF/88 e o seu título que trata da Ordem Social.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, leciona Moraes (2011, p. 26), está assentada nos direitos de solidariedade e fraternidade, englobando, segundo Vasak, os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Esta dimensão ganhou força na segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, influenciando a elaboração de diversos tratados internacionais hoje existentes, exatamente porque, conforme Marmelstein (2019, p. 51) “simbolizou e ainda simboliza o nascimento de uma nova ordem mundial, muito mais comprometida com os direitos fundamentais, que já se incorporou ao direito consuetudinário internacional”.

Dotada de um caráter transindividual, humanista e universal, esta dimensão volta-se para a superação das diferenças entre os povos e à proteção do próprio gênero humano como um todo e não a um indivíduo, a um grupo delimitado ou a um Estado determinado, certo é que os direitos fundamentais têm um viés coletivo ou difuso,

exigindo uma maior participação e cooperação internacional entre os povos ao passo em que visam proteger direitos e garantias inerentes a toda a humanidade (SARLET, 2012, p. 49-50).

No direito brasileiro, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe um vasto rol de direitos fundamentais de terceira dimensão, privilegiando de forma enfática a proteção do direito humanitário internacional, a exemplo da proteção ao meio ambiente, inclusive com capítulo específico para tratar sobre o tema.

Destaque-se que Bonavides (2004, p. 571) traz ainda a noção de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais relacionada à globalização política no cenário da normatividade jurídica a fim de possibilitar relações de convivência e garantia da cidadania e da liberdade de todos os povos, evitando que países economicamente mais fortes imponham sua cultura sobre os demais, cujo foco, portanto, são os direitos à democracia em sua dimensão formal (vontade da maioria) e material (proteção dos direitos das minorias), à informação (que decorre de forma direta do princípio republicano e da democracia) e ao pluralismo:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.

São manifestações destes direitos no cenário brasileiro, entre outros, o habeas data, previsto no artigo 5º, XXXIII, da CF/88, a legitimidade das ações afirmativas e o respeito ao pluralismo político, assim identificado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos exatos termos do artigo 1º, V, da CF/88.

Assim, em que pese os argumentos críticos acerca das dimensões dos direitos fundamentais, elas possuem grande relevância para o desenvolvimento dos estudos acerca do tema que vem sendo difundido e discutido até hoje, tanto no âmbito nacional quanto internacional, partindo sempre de uma contextualização de tais direitos com a realidade contemporânea, fazendo releituras de direitos pré-existentes para aplicá-los de modo efetivo diante da realidade em que se vive, confirmando seu caráter de inexauribilidade.

### **1.3 - As Acepções (ou Dimensões) objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais**

A evolução e as mudanças sociais que surgem ao longo do tempo em busca da adequação aos interesses da coletividade provocam relevante impacto no estudo do direito e, conseqüentemente, no ramo dos direitos fundamentais, sobretudo por ter como foco central a dignidade da pessoa humana e todo o conjunto de instrumentos constitucionais de proteção do indivíduo.

As diferentes atuações do Estado frente às demandas da coletividade, em dado momento ocupando uma posição abstencionista ao adotar um modelo de Estado liberal e, posteriormente, assumindo uma posição protecionista e intervencionista, dando início ao Estado social, fizeram surgir, principalmente a partir dos anos 60, a necessidade de reinterpretar os direitos fundamentais e, buscando dar-lhes máxima efetividade, passou-se a analisá-los sob uma dupla perspectiva, abordando suas acepções subjetiva e objetiva.

Sob esse enfoque, Sarlet (2012, p. 183) leciona que na relação entre Estado e indivíduo, sendo este destinatário dos direitos fundamentais, surge o reconhecimento de uma perspectiva dual das funções aptas à sua máxima efetividade através das acepções objetiva e subjetiva, reconhecendo no direito constitucional contemporâneo normas que balizam não apenas direitos individuais, mas também coletivos e, nesse sentido:

[...] Quando se fala em dimensão objectiva e dimensão subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais pretende-se salientar a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjectivos fundamentais (dimensão subjectiva) e a existência de princípios e regras meramente objectivos (dimensão objectiva) (CANOTILHO, 1993, p. 535).

Os estudos acerca da acepção subjetiva dos direitos fundamentais abordam uma acepção clássica por excelência, associada à ideia de status negativo e liberalismo estatal, ou seja, está pautada na utilização dos direitos subjetivos como instrumentos de legitimação e garantia de direitos e liberdades do indivíduo concomitantemente à limitação do intervencionismo do Estado nesses mesmos direitos cujas diretrizes estão contidas no texto constitucional (DIMOULIS E MARTINS, 2012, *online*).

Ela volta-se, portanto, para uma interpretação do direito fundamental sob o ponto de vista do indivíduo que demanda, frente ao Estado, a ampla tutela dos direitos que lhes são mais caros como pessoa humana, o que novamente se compatibiliza com a ideia de Canotilho (1993, p. 499) ao asseverar que:

Com esta ideia de fundamentação subjectiva procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade. Assim, [...] verificar-se-á um fundamento subjectivo ou individual se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias.

O objeto central desta acepção, portanto, é a máxima efetivação dos direitos fundamentais, os quais funcionam como fonte de direitos subjetivos do indivíduo, sempre priorizando a sua aplicação e proteção do modo mais abrangente possível, de sorte que o seu desrespeito permite ao sujeito ingressar em juízo almejando exigir de outrem uma contrapartida na busca pela tutela de seu direito perante o Estado ou um terceiro, dando ensejo à judicialização do conflito que se apresenta (MARMELESTEIN, 2019, p. 297).

Ressaltando a aplicação abrangente dessa acepção na estruturação jurídica nacional, Sarlet (2012, p. 192) afirma que, em relação ao caráter subjetivo dos direitos fundamentais, estes “não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça – de regra – da forma mais acentuada”. No entanto, há que se destacar a existência de limites práticos para recorrer ao poder judiciário na busca pela tutela de direitos violados, haja vista que a demanda pleiteada deve encontrar guarida e fundamentação dentro do ordenamento jurídico vigente, conforme segue:

De modo geral, é possível afirmar que este espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental) se

encontra vinculado aos seguintes fatores: (a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; (b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, considerando-se os direitos a prestações sociais materiais; (c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários (SARLET, 2012, p. 192).

Desse modo, ao termo direitos subjetivos é possível atribuir inúmeros sentidos e aplicabilidades dentro do mundo jurídico em razão da amplitude que carrega. Em se tratando dos direitos fundamentais, conclui-se que a dimensão subjetiva é essencial para o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos.

Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais surge como uma forma de complementação da dimensão subjetiva, pois atua como instrumento de interpretação jurídica, levando em conta a forte carga valorativa que carrega o ordenamento jurídico, estando atrelada, portanto, ao caráter axiológico do arcabouço normativo-jurídico (MARMELESTEIN, 2019, p. 338).

Esta dimensão refere-se ao direito fundamental sob a perspectiva do Estado Constitucional, haja vista que nessa acepção o direito é considerado um valor a ser perseguido e resguardado pelo Estado, cabendo ao poder público o dever de consagrá-lo por meio de políticas públicas ou pela abstenção em temas sensíveis à esfera da individualidade de cada pessoa (SARLET, 2012, p. 183-185).

Sob o ponto de vista histórico, segundo Sarlet (2012, p. 183-185), em que pese os primeiros registros acerca da dimensão objetiva terem surgido após a Primeira Guerra Mundial, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, é considerada o grande marco propulsor dessa concepção, somado ao julgamento do caso Lüth, em 1958, no qual a Corte Federal Constitucional Alemã proferiu decisão destacando que os direitos fundamentais, além de serem aplicados nas relações travadas entre indivíduo e Estado (dimensão subjetiva) também são dotados de grande carga axiológica que reverberam em todo o ordenamento jurídico, órgãos e poderes estatais (dimensão objetiva).

Associa-se essa dimensão a um grande sistema de valores capazes de orientar a conformação e o exercício da atividade estatal, devendo ser analisados os direitos fundamentais como parâmetro do modo de agir do Estado a fim de possibilitar a eficácia irradiante de seus efeitos sobre uma universalidade de indivíduos, conforme segue:

Em contraste com o subjetivismo clássico cuja unilateralidade se acha de todo ultrapassada, os direitos fundamentais tomaram hoje uma dimensão objetiva, concretizante, axiológica e universalista cada vez mais clara e evidente. Tal dimensão já os transformou na razão de ser de todo o constitucionalismo da liberdade, o qual desce doutrinariamente das esferas abstratas até chegar às regiões concretas de sua constatação efetiva, tendo por destinatário derradeiro menos um indivíduo, uma classe ou uma nação do que, em rigor, o gênero humano mesmo (BONAVIDES, 2004, p. 20-21).

Desse modo, os direitos fundamentais representam um dever-valor que deve ser protegido pelo Estado, pois, segundo as palavras de Fernandes (2011, p. 211) depreende-se que "com o aumento de complexidade percebido pelo direito e o desenvolvimento de novos paradigmas jurídicos, uma nova possibilidade de incidência dos direitos fundamentais foi teorizada para além da dicotomia Estado-Particular".

Nesses termos, a perspectiva jurídico-objetiva busca desprender-se do caráter pessoal/individual dos direitos fundamentais, criando deveres apriorísticos para sua proteção enquanto o Estado assume um viés preventivo, exercendo uma função de garantidor da coletividade, independentemente de existir um titular que esteja demandando a sua proteção, ideia reforçada por Canotilho (1993, p. 535) ao lecionar que:

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta

«fundamentação objectiva» que se pretende salientar quando se assinala à

«liberdade de expressão» uma «função objectiva», um «valor geral», uma

«dimensão objectiva» para a vida comunitária («liberdade institucional»).



Pontue-se, ademais, que a dimensão subjetiva está atrelada à eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, à relação entre particular e Estado; no entanto, tendo em vista a necessidade de ampliar a proteção desses direitos às relações extra estatais, surge a dimensão objetiva que se associa à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que visa proteger as relações entre particulares, reorganizando a dinâmica dos direitos fundamentais, atuando na vedação de omissões, bem como na proibição de uma proteção manifestamente insuficiente (FERNANDES, 2011, p. 211). Nesse mesmo contexto, destaca-se que:

[...] A categoria do direito subjetivo, lavrada no passado por civilistas, não é a mais adequada para lidar com a complexa estrutura e com as multifacetadas funções dos direitos fundamentais. Esses, para além da dimensão subjetiva, ostentam também uma dimensão objetiva, que envolve: (a) a irradiação dos seus efeitos, que atingem várias outras situações e relações jurídicas, para além dos limites do direito subjetivo; (b) o dever do Estado de proteger estes direitos de lesões e ameaças de terceiros, inclusive de particulares; e (c) o direito a organizações e procedimentos adequados à sua tutela. Portanto, os direitos fundamentais não cabem na moldura do direito subjetivo, talhada, historicamente, para lidar com situações típicas do Direito Privado, e hoje questionadas mesmo naquele quadrante (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 539).

Importante ressaltar o entrelaçamento e a complementariedade existente entre tais dimensões, afastando-se a ideia de que se contrapõem, exatamente pelo fato de que tanto a acepção subjetiva quanto a objetiva dos direitos fundamentais fazem parte do ordenamento jurídico, e se inter-relacionam a fim de confirmar a juridicidade dos direitos fundamentais e alcançar a sua mais ampla proteção, o que se confirma pelo que segue:

As funções vinculadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, influenciaram a dimensão subjetiva, isto é, a noção de direitos fundamentais como direitos subjetivos, contribuindo para o seu alargamento, de modo a se falar até mesmo numa espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais. De

qualquer modo, é certo que a dimensão objetiva encontra ressonância na perspectiva subjetiva (fala-se, inclusive, de direitos à proteção e direitos à organização e procedimento), visto que os efeitos jurídicos inerentes à dimensão objetiva implicam, em maior ou menor medida, a possibilidade de invocar tais efeitos perante o Poder Judiciário, por meio dos diversos mecanismos disponíveis (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 358).

Desse modo, diante da multifuncionalidade e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais na ordem constitucional, certo é que a sua função não se limita ao enquadramento subjetivo, tendo em vista que a sua concepção sob o ponto de vista objetivo é dotado de autonomia, resultando em um arcabouço normativo que direciona a interpretação e aplicação do direito de modo a promover a máxima proteção jurídica possível (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 358-360).

Por fim, a amplitude da abordagem acerca dos direitos fundamentais abre espaço para a sua análise sob a ótica das mudanças políticas e sociais ao longo dos anos, fazendo surgir novas concepções e análises da ordem constitucional buscando garantir que as condutas dos órgãos estatais estejam voltadas para promover os meios de tutela dos indivíduos, resguardando, prioritariamente, a dignidade da pessoa humana.

#### **1.4- Direitos Fundamentais Implícitos, Explícitos e o Bloco de Constitucionalidade**

O reconhecimento da Constituição como instrumento jurídico de hierarquia máxima dentro do ordenamento jurídico estatal, dotada de força normativa essencial para a estruturação e organização político-social do Estado deu início, durante o século XVIII, a um novo processo de elaboração das Constituições, priorizando a elaboração de textos escritos dotados de rigidez, estabelecendo limites ao poder do soberano e garantindo direitos fundamentais aos indivíduos.

A instauração desse modelo solene de elaboração da Constituição promoveu o surgimento de grandes debates doutrinários e, por conseguinte, vários conceitos acerca da compreensão do novo complexo normativo constitucional que eclodiu, entre eles os estudos do jusfilósofo Carl Schmitt, cuja produção intelectual teve grande relevância para o movimento constitucional à época.

O jurista alemão, em sua obra "Teoria da Constituição", de 1922, defendia um sentido político de Constituição, resultado de uma decisão política fundamental do poder constituinte originário, vale dizer, da deliberação concreta sobre o modo e a forma de estruturação da unidade político-estatal ao afirmar que "la unidad de la Constitución,

sin embargo, no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se fija mediante el acto constituyente”<sup>1</sup> (SCHMITT, 1996, p. 46).

Dentro da sua concepção política, desenvolveu a teoria decisionista, diferenciando os conceitos de Constituição e leis constitucionais a partir de uma análise da realidade social e não da norma em si, contrapondo-se ao formalismo e ao normativismo kelseniano, ou seja, para Schmitt os fundamentos de existência e validade da Constituição são aqueles que representam a unidade política do Estado, “a Constituição significa uma decisão conjunta e fundamental sobre o modo e a forma de unidade de um povo” nas palavras de Bonavides (2004, p. 175). Complementa ainda Fernandes (2011, p. 50-51):

À luz de seu ‘decisionismo’, concluímos que para Schmitt a essência da Constituição está alocada nas decisões políticas fundamentais do (titular) Poder Constituinte (que seria o povo) e não em normas jurídicas positivadas, o que o coloca em posição contrária e oposta àquela delineada pelo sentido (concepção) jurídico-normativo de Constituição de viés kelseniano anteriormente trabalhado.

Segundo Schmitt (1996, p. 46-48), a Constituição deveria conter apenas normas com relevância política que estivessem de fato relacionadas com a conformação do Estado e sua organização e que tratassem sobre o sistema de direitos e garantias fundamentais, enquanto as leis constitucionais seriam aquelas que, embora estivessem inseridas formalmente na Constituição, seu conteúdo não era dotado de relevância para a formação da unidade política estatal. Nesse contexto, leciona Schmitt (1996, p. 46-47):

Las *leyes constitucionales* valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una *Constitución*. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una *decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su «razón de existencia», no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma<sup>206</sup>. Lo que existe como magnitud *política*, es, jurídicamente considerado, digno de existir. [...] Es necesario hablar de la

---

<sup>206</sup> A unidade da Constituição, sem dúvidas, não reside em si mesma, senão na unidade política, cuja particular forma de existência se confirma mediante o ato constituinte.

Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas *leyes* constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica<sup>207</sup> (grifo do autor).

A diferenciação estabelecida por Schmitt entre Constituição e leis constitucionais fez surgir também os conceitos de normas constitucionalmente formais e materiais. A dimensão formal está relacionada à literalidade do conteúdo constitucional, é dizer, será considerada norma constitucional tudo aquilo que o poder constituinte optou por inserir expressamente na Carta Magna, independente do seu teor, esteja ele relacionado ou não à estruturação e organização estatal; já a dimensão material reconhece como Lei Fundamental tão somente o conteúdo relacionado à decisão política fundamental do Estado, essencial à sua conformação (SCHMITT, 1996, p. 38-41).

Cada Estado possui suas peculiaridades e por isso mesmo aqueles a quem cabe a elaboração de uma Constituição devem estar atentos para a realidade social e as necessidades do povo em determinado tempo e lugar a fim de albergar em sua máxima medida a proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, aponta Sarlet (2012, p. 88):

Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um

---

207 As *leis constitucionais* valem, pelo contrário, a base da Constituição e pressupõem uma *Constituição*. Toda lei, como regulação normativa, e também a lei constitucional, necessita para sua validade em último termo de uma *decisão* política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente. Toda unidade política existente tem seu valor e sua «razão de existir», não na justiça ou conveniência de normas, mas sim em sua própria existência. O que existe como magnitude *política*, é juridicamente considerado, digno de existir. [...] É necessário falar da Constituição como de uma unidade, e conservar entretanto um sentido absoluto de Constituição. Ao mesmo tempo, é preciso não desconhecer a relatividade das distintas *leis constitucionais*. A distinção entre Constituição e lei constitucional só é possível, sem embargo, porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda norma reside uma *decisão política do titular do poder constituinte*, é dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia auténtica (grifo do autor).

certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada. [...] Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não o ser da mesma forma. Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Contudo, mesmo estes devem ser devidamente contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta.

Dentro desse contexto, Canotilho (1993, p. 499) sublinha que, partindo da concepção formal de Constituição, os direitos fundamentais podem ser vistos sob quatro diferentes dimensões dentro do panorama constitucional:

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288. *ºde e*); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (grifo do autor).

Já a aceção material dos direitos fundamentais, segundo Canotilho (1993, p. 499), “significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” e para Sarlet (2012, p. 87):

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não

necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.

Com efeito, há severas críticas doutrinárias à forte dicotomia estabelecida entre normas formal e materialmente constitucionais, que defendem, outrossim, a importância do diálogo contínuo entre normas constitucionais, princípios, atos normativos, leis infraconstitucionais, costumes, tratados internacionais, que albergam o universo amplo e vasto de salvaguarda dos direitos fundamentais, haja vista a inesgotabilidade desse sistema protetivo que tende a expandir cada vez mais, acompanhando os avanços político- sociais e jurídicos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 526).

No entanto, malgrado os posicionamentos contrários a Schmitt, no cenário jurídico atual a sua produção doutrinária possui grande relevância e vem sendo contextualizada com o desenvolvimento dos estudos acerca do chamado bloco de constitucionalidade, cujo objeto central também é a identificação de normas formal e materialmente constitucionais dentro de um ordenamento jurídico, contudo a partir da análise de novos parâmetros.

O surgimento do bloco de constitucionalidade ocorreu na França em 1974 com Louis Favoreu, em referência às normas constitucionais integrantes do ordenamento jurídico francês que, conforme Bulos (2014, p. 179-180), teve como base a ideia de bloco de legalidade desenvolvida por administrativistas franceses que defendiam o reconhecimento de valor jurídico positivo e constitucional dos preâmbulos. Ao abordar o tema, Novelino (2014, *online*) explicita que:

O conceito de bloco de constitucionalidade foi desenvolvido por Louis Favoreu, em referência às normas com *status* constitucional que integram o ordenamento jurídico francês, com o intuito de abranger a Constituição de 1958, o preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, além de outras normas de valor constitucional (grifo do autor).

Entende-se por bloco de constitucionalidade o arcabouço normativo-constitucional amplo no qual está inserido tanto o texto expresso da Carta Constitucional quanto diversos outros documentos que trazem em seu bojo conteúdo de relevância constitucional e, nesse contexto, Barroso (2008, p. 83) destaca que:

[...] o Ministro Celso de Mello tratou do tema nos seguintes termos: 'É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa Jorge Xifra Heras [...] em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado

- revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global'.

Bulos (2014, p. 180) também pontua que, a partir dos anos 80, "a expressão bloco de constitucionalidade disseminou-se em todo o mundo, sendo usada para designar a solidez e a unidade de sentido de certas normas e princípios de valor constitucional" e que "contemporaneamente, os autores têm ressaltado a importância que emerge da noção de bloco de constitucionalidade para fins de determinação da fidelidade hierárquica dos atos administrativos, legislativos e judiciários perante a constituição do Estado".

Leis e atos normativos, sejam eles decorrentes de qualquer dos poderes, devem estar em conformidade com a Constituição, subordinando-se formal e materialmente às suas disposições e, levando-se em conta tal fato, a doutrina defende dois parâmetros possíveis para compor o bloco de constitucionalidade, um amplo e outro restrito, que servirão como base na análise de adequação de tais normas ao conteúdo constitucional.

No que se refere ao parâmetro estrito, pode ser entendido como normas formalmente constitucionais, limitadas ao conteúdo expresso no texto constitucional, reconhecidamente dotados de valor jurídico. Já o parâmetro em sentido amplo é o que Canotilho define como ordem constitucional global, ou seja, deve-se legitimar como norma constitucional não apenas o texto literal da Constituição, mas também regras e princípios constantes em outros dispositivos normativos, cujo conteúdo aborde a estruturação e a organização do Estado, bem como direitos e garantias fundamentais considerados essencialmente constitucionais e, sob essa perspectiva, tem-se que:

A ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas. O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivisticamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se, também, a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional [...] como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas (CANOTILHO, 1993, p. 980-981).

Nesse âmbito, faz-se necessário abordar as especificidades desse fenômeno no constitucionalismo brasileiro, tendo em vista que, para o direito interno, no conjunto de normas a que se reconhece hierarquia materialmente constitucional também estão inseridos os direitos fundamentais implícitos na própria Constituição, os decorrentes de emendas constitucionais, os princípios adotados pelo Estado e os tratados internacionais de direitos humanos, assim reconhecidos a partir da hermenêutica constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 42; PIOVESAN, 2018, p. 133-136).

Dentro desse panorama, é pacífico que o rol de direitos fundamentais constantes formalmente na Constituição não é taxativo e, por isso mesmo, reconhecer a existência de direitos materialmente constitucionais que orbitam o texto constitucional, mas não estão incluídos nele de forma expressa, amplia sobremaneira o bloco de constitucionalidade brasileiro, haja vista que, conforme explica Marmelstein (2019, p. 23) “o importante é que, a partir da Constituição (formal ou material), seja possível identificar a fundamentalidade de um dado direito, ainda que de forma implícita”. Sobre o tema, válido citar o entendimento de Miranda (2019, p. 269), para quem a Constituição:



Vem a ser a expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, a sede da ideia de Direito nela triunfante, o quadro de referência do poder político que se pretende ao serviço desta ideia,

o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder. E, radicada na soberania do Estado, torna-se também ponte entre a sua ordem interna e a ordem internacional. [...] A Constituição tem de ser constantemente confrontada com os princípios e é por eles envolvida em grau variável; tem de ser sempre pensada em face da realidade política, económica, social e cultural que lhe está subjacente e que é uma realidade não apenas de factos como ainda de opiniões, de ideologias, de posturas políticas, de cultura cívica e constitucional; e esta cultura carregasse, por seu turno, de remissões para princípios valorativos superiores (o que significa que se dá uma circulação entre valor, Constituição e realidade constitucional).

Com efeito, no que se refere ao bloco de constitucionalidade nacional, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal é o dispositivo que o fundamenta ao dispor que “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” (BRASIL, 1988, *online*), assim identificado como cláusula de abertura do texto constitucional, confirmando o reconhecimento da constitucionalidade de normas externas ao documento solene. Nesse cenário, Sarlet (2012, p. 90) destaca que:

A regra do art. 5º, § 2º, da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano, desde a Constituição de fevereiro de 1891, com alguma variação, mais no que diz com a expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratio* e seu *telos*. [...] a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.

Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo (grifo do autor).

Ainda no que alude ao conceito de cláusula de abertura da Constituição, frise-se que, a despeito da importância da previsão de título específico no texto constitucional, os direitos fundamentais não são reduzidos a esse catálogo, o que permite estabelecer um paralelo entre os sentidos formal e material de tais direitos, conforme se denota nas lições de Miranda (1998, p. 152) que, em referência ao direito lusitano, afirma:

[...] O art. 16º, nº 1, da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. [...] Daí poder apelidar-se o art. 16º, n.º 1, de *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* de direitos fundamentais (grifo do autor).

Logo, em que pese os constituintes originários terem optado em não incluir determinados conteúdos materialmente constitucionais no texto expresso da Constituição, há no ordenamento jurídico uma série de normativas infraconstitucionais que trazem em seu bojo princípios e regras de caráter nitidamente constitucionais, a exemplo do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor e de normas de Direito Eleitoral (FERNANDES, 2011, p. 36-37).

Após iniciado o processo de avanços sociais, políticos e jurídicos trazidos pela nova ordem constitucional vigente no país, a inserção de tratados internacionais de direitos humanos tem sido primordial para fortalecer a proteção dos direitos fundamentais e contribuir para a manutenção do Estado democrático de direito, daí sua importância no contexto de bloco de constitucionalidade. Sobre o tema, Piovesan (2018, p. 71-72):

[...] A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional. Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos

fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do ‘bloco de constitucionalidade’, que passa a incorporar preceitos asseguraadores de direitos fundamentais.

A incorporação dos instrumentos normativos internacionais ganhou maior destaque após da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC nº 45/04) que, acolhendo a tese capitaneada por importante segmento da doutrina brasileira, acrescentou o §3º ao artigo 5º da Lei Maior, o qual dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos mesmos moldes do procedimento de emendas constitucionais serão a elas equiparadas, ou seja, passarão a ter status de norma formalmente constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade e confirmando a importância da ordem internacional para o direito pátrio (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 755-757).

Os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, além da natureza de emenda constitucional, também podem assumir um status de norma supralegal, sendo assim considerados os tratados internacionais de direitos humanos não recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro através do rito das emendas constitucionais, ocupando posição hierárquica de norma infraconstitucional, porém superior à legislação comum ordinária, prevalecendo sobre esta.

O posicionamento majoritário da doutrina é de que a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos ocorrida antes da EC nº 45/04 em quórum de maioria simples, necessário para aprovação de leis ordinárias pelo Congresso Nacional, também confere a eles status de norma supralegal, integrando o conjunto normativo infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro (MENDES; BRANCO, 2014, p. 157; SARLET, 2012, p. 144).

Sob o ponto de vista ampliado de bloco de constitucionalidade, será considerado materialmente constitucional o conjunto de normas internacionais que fizer referência a direitos fundamentais a serem resguardados pelo Estado brasileiro em prol de seus nacionais, independentemente do status normativo que ocupar dentro do ordenamento brasileiro. Por outro lado, adotando o viés restritivo do bloco de constitucionalidade, os instrumentos normativos internacionais que forem recepcionados pela legislação brasileira através do rito do artigo 5º, §3º, integrarão a ordem jurídica interna, pois, em razão da sua natureza jurídica de emenda à Constituição, somente eles serão considerados solenemente constitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 159-160).

Assim, segue-se a linha protecionista de estudo do bloco de constitucionalidade, preponderando o entendimento de que ele não se limita a examinar o documento formal, pois vai além a fim de buscar princípios constitucionais expressos ou implícitos constantes na legislação infraconstitucional e em documentos internacionais de proteção dos direitos do indivíduo que refletem a essência e o núcleo da Lei Fundamental.

Há que se mencionar também que, não obstante a jurisprudência evidencie a importância jurídica que decorre do bloco de constitucionalidade, os tribunais superiores brasileiros têm optado pelo parâmetro estrito de reconhecimento de normas constitucionais, adotando um posicionamento conservador ao considerar como norma hierarquicamente constitucional tão somente aquelas inseridas expressamente na Lei Maior e aquelas com status de emenda constitucional, indo de encontro ao que defende a maior parte da doutrina. Sobre o tema destacam Souza Neto e Sarmento (2012, p. 44):

Após a edição da EC nº 45/2004, o STF, com composição bastante renovada, revisitou o tema da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos. [...] A Corte mudou o seu entendimento anterior, passando a atribuir hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido incorporados pela forma estabelecida pela EC nº 45. Pelo novo posicionamento, estes tratados internacionais sobre direitos humanos prevalecem sobre a legislação interna, ressalvada apenas a própria Constituição. Todavia, eles não integram o bloco de constitucionalidade, já que se situam em patamar hierárquico inferior ao da Constituição. Com isso, o direito brasileiro aproximou-se, quanto ao tema, de ordenamentos como o alemão (Lei Fundamental de Bonn, art. 25) e o francês (Constituição Francesa, art. 55).

Conclui-se, portanto, que a cláusula de abertura constitucional permitiu uma importante ampliação na definição de bloco de constitucionalidade e na efetivação do sistema protetivo dos direitos fundamentais ao reconhecer como normas materialmente constitucionais regras e princípios constantes tanto expressa quanto implicitamente no texto da Constituição, bem como o conjunto normativo externo à Carta Magna, acompanhando e adaptando-se ao processo evolutivo da sociedade, na busca pela máxima promoção, em todos os graus, da dignidade da pessoa humana.

## **1.5 - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O reconhecimento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana como valor constitucional supremo evidencia a importância que o constitucionalismo contemporâneo confere ao conteúdo axiológico da norma. Esse princípio representa o núcleo central do ordenamento jurídico, orientando a atuação do Estado e as relações em sociedade, além de fundamentar a interpretação e aplicação de normas nacionais e internacionais, com destaque para o sistema de tutela dos direitos fundamentais.

Diante da relevância desse princípio para a ordem constitucional, é vasta a abordagem do tema, razão pela qual faz-se necessário analisar os antecedentes históricos que contribuíram para a construção da categoria de dignidade da pessoa humana, o seu substrato material e, por fim, a relação com o binômio norma-regra e norma-princípio dentro do ordenamento jurídico e sua influência na atuação política do Estado.

### **.1.5.1 - Raízes Históricas: Cristianismo, Idade Média e Pensamento Kantiano**

O precedente histórico que marca o surgimento dos direitos fundamentais é comumente associado ao término da Segunda Guerra Mundial, período a partir do qual houve uma maior preocupação com o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana, tendo em vista as atrocidades ocorridas durante os regimes nazistas e fascistas que se instalaram na Europa.

Outrossim, apesar da inegável contribuição desse momento para alavancar o sistema protetivo de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, Sarlet (2012, p. 38) destaca que “os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”.

Certo é que os campos da religião, da filosofia e da ciência foram primordiais para a compreensão do ideal de dignidade da pessoa humana e as primeiras referências de

uma nova visão do ser humano como o centro de sua própria existência e protagonista de todo o sistema protetivo de direitos surge ainda no mundo antigo, período considerado o berço do desenvolvimento de ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos humanos e, por conseguinte, dos direitos fundamentais.

Durante esse período, o surgimento de ideias críticas acerca da mitologia grega a partir do exercício da razão marca o nascimento da filosofia, estimulando a formulação de questionamentos acerca da superioridade da tradição mitológica sobre o indivíduo a fim de compreender a condição humana e o seu papel na sociedade. Nesse sentido, Comparato (2019, p. 25), definindo esse momento como período axial, leciona que:

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Ademais, ganha destaque o pioneirismo da democracia ateniense que já naquele tempo elaborou leis escritas cujo objetivo era ratificar a igualdade entre os indivíduos sociais e fundamentar a sociedade política através daquela cidade, como bem ressalta Sarlet (2012, p. 38) ao afirmar que “a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade”. Nesse mesmo sentido, segue lição de Comparato (2019, p. 26):

A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental.

Somado à produção de leis escritas, os gregos também foram responsáveis pelo surgimento de normas não escritas relativas a leis com enfoque religioso, bem como a costumes sociais relevantes para a ordem jurídica, ambos dotados de caráter universal a

ser aplicado a todos os povos, inviabilizando qualquer limitação territorial quanto à sua abrangência.

Durante a antiguidade havia uma hierarquização da dignidade baseada em um critério de quantificação, ou seja, adotava-se um grau de reconhecimento da posição social ocupada por um indivíduo dentro de sua comunidade, admitindo a divisão entre pessoas mais ou menos dignas (SARLET, 2011, p. 31).

Nesse ambiente em que o homem passa a ser o principal objeto de análise e reflexão, a tendência ao uso da racionalidade exerce grande impacto no âmbito religioso na medida em que o culto a deuses, os rituais fantásticos e as adorações a divindades mitológicas são substituídos por uma visão monoteísta de devoção a um único Deus universal, pregada pelo cristianismo (ocidente) e pelo islamismo (oriente).

A concepção que prepondera no constitucionalismo contemporâneo quanto à dignidade da pessoa humana adequa-se à visão ocidental oriunda da doutrina cristã, na medida em que se vincula a um ideal de universalidade de direitos fundamentais, fortalecendo a noção de humanidade e igualdade entre os povos. Já a cultura islâmica também reconhece os direitos do homem, mas por outro lado:

[...] Não aceita, entre outros, o princípio da *igualdade entre fiéis e infiéis*, bem como *entre homens e mulheres*, óbice intransponível à sua compatibilização com a doutrina dos direitos fundamentais. Recusa, também, a *liberdade de crença*, não aceitando que o muçulmano abandone a religião islâmica. Na verdade, deve ele ser morto, se o fizer. Não aceita, para o homem, a *liberdade de contrair casamento* com pessoas de determinadas religiões, tolerando o matrimônio com mulheres cuja religião tenha livros reconhecidos (é o caso do cristianismo); para a mulher, proíbe rigorosamente o casamento com não muçulmano. Reserva os *direitos políticos aos muçulmanos*. Não tolera, sequer, o *princípio da igualdade de acesso a cargos públicos*: a função de juiz há de ser de muçulmano. Seu direito penal *consagra penas* que, na opinião dos 'ocidentais', seriam intoleráveis, cruéis, desmedidas: o apedrejamento da adúltera, a amputação de membros dos culpados de certos crimes — da mão do ladrão —, as marcas infamantes etc. E ninguém se

esqueça de que o Islã *abençoa a poligamia*, e, na prática, tolera a *escravidão* (grifo do autor) (FERREIRA FILHO, 2016, p. 220).

Em Atenas também surgiu o estoicismo cuja influência sob a dignidade da pessoa humana paira nos ideais de bem-estar moral do indivíduo e de igualdade entre os homens no contexto das relações interpessoais, tendo em vista serem todos produtos da natureza, como bem destaca Comparato (2019, p. 30):

Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas ideias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

Ademais, contextualizando a dignidade da pessoa humana durante a antiguidade e o estoicismo, com destaque para as peculiaridades de cada momento, Sarlet (2011, p.

31) assevera que:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

Assim, apesar da contribuição dos estoicos, inclusive para os primórdios do cristianismo, é na doutrina cristã que está a base do reconhecimento do indivíduo como ser dotado de dignidade, pois, partindo da premissa – encontrada de início no antigo



testamento e desenvolvida e amplificada no novo testamento – de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus como resultado de um ato divino, todos os indivíduos assumem uma posição de igualdade na sociedade, devendo ter sua vida e liberdade preservadas. Em breve síntese de tais fatos históricos, Sarlet (2012, p. 39), destaca que:

Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

Já na Idade Média o indivíduo passa a ser visto como *'substantia'* ou *'hypóstasis'*, quer dizer, substância individual dotado de racionalidade, conceito este que refletiu nos ideais de dignidade da pessoa humana. Nesse período ganhou destaque a doutrina de São Tomás de Aquino ao defender a *dignitas humana*, ou seja, que o homem é composto tanto pelo elemento corporal quanto espiritual, reafirmando a concepção de que a dignidade tem fundamento na doutrina cristã de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também reconhecendo ser inerente ao homem, como ser livre e detentor das próprias vontades, sua aptidão para se autodeterminar, conforme se depreende a seguir:

Na Idade Média houve quem propagasse a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo, que, por orientarem e limitarem o poder, atuariam como critérios de legitimação do seu exercício. De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2019, p. 313).

O humanismo renascentista também teve grande contribuição para o estudo da dignidade, com destaque Giovanni Pico della Mirandola, que, rompendo com os dogmas do cristianismo e aproximando-se dos ideais antropocêntricos, em sua obra “Discurso sobre a Dignidade do Homem”, de 1486, sustentava a importância do exercício da razão, através do qual o homem é ser dotado de liberdade para formar a sua personalidade, decidindo de forma autônoma os rumos da sua vida, confirmando, assim, a sua própria existência (LIBERATO; CRUZ; MINEIRO, 2010).

Mirandola acreditava ser a racionalidade humana o elemento diferenciador que colocava o homem em uma posição de superioridade em relação aos demais animais, pois sendo detentor de uma natureza indefinida, era limitado unicamente pelo seu próprio livre-arbítrio, cabendo a ele dispor soberanamente sobre seus atos, além de qualificar a dignidade como valor natural, incondicionado e indisponível, ínsito ao ser humano, ocupando um patamar central na sua formação pessoal, conforme se denota a fio:

[...] Assim, tomou o homem como obra de natureza indefinida e, colocando-o no meio do mundo, falou-lhe deste modo: «Ó Adão, não te demos nem um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós prescritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhuma limitação, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo» (MIRANDOLA, 2011, p. 57).

A dignidade no pensamento de Mirandola é dimensionada pelo livre-arbítrio, na medida em que o homem, enquanto ente passível de ser aperfeiçoado, possui, através da sua capacidade racional, plena consciência da liberdade de escolha a ele concedida e, conseqüentemente, da possibilidade de recriar-se da forma que lhe parecer mais

conveniente, decorrendo dessa conduta a sua dignificação. A esse respeito, Sarlet (2011, p. 32) leciona que:

Mesmo no auge do medievo – de acordo com a lição de Klaus Stern – a concepção de inspiração cristã e estoica seguiu sendo sustentada, destacando-se Tomás de Aquino, o qual, fortemente influenciado também por Boécio, chegou a referir expressamente a expressão ‘dignitas humana’, secundado, já em plena Renascença e no limiar da Idade Moderna, pelo humanista italiano Pico della Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.

Posteriormente, nos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana começa a ser analisada sob a influência dos ideais jusnaturalistas, privilegiando novamente a racionalidade humana, mantendo os ideais igualitários e libertários de todos os indivíduos, mas por outro lado estimulando a valorização da laicização, ou seja, de uma visão de dignidade que não tivesse como base a necessária relação do homem com Deus ou com qualquer outra questão metafísica.

Nesse período ganhou destaque o pensamento de Immanuel Kant que, influenciado pelos ideais iluministas de conhecimento racional, formulou uma visão do homem sob uma perspectiva universal, também abandonando a forte influência cristã e evidenciando que o comportamento humano é pautado na autodeterminação e na espontaneidade dos seus atos através de postulados éticos e, diante da grande relevância dos seus postulados acerca do substrato da dignidade da pessoa humana, o estudo sobre o tema será aprofundado no tópico que segue.

### **1.5.2 - Substrato da Dignidade da Pessoa Humana**

A dignidade é uma qualidade intrínseca a todo ser humano, consubstancia o espaço de integridade ética, moral e material do indivíduo, refletindo no conjunto de valores civilizatórios e espirituais conformadores da sua personalidade e do seu papel dentro das relações em sociedade que, ao longo do tempo, vem recebendo influências de movimentos sociais, políticos e filosóficos que contribuíram para a construção da sua atual concepção e aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico e da sua essencialidade como vetor fundamental para a existência humana.

Durante o processo de conformação da dignidade da pessoa humana o pensamento kantiano foi imprescindível, com destaque para a sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, de 1785, na qual defende a sua concepção moderna de que o substrato da dignidade paira sobre a autonomia da vontade do homem, este visto como ser dotado de uma racionalidade que lhe é inerente e nesse sentido Sarlet (2011, p. 35) afirma que “a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética”, e nessa mesma seara, bem destaca Camargo (2007, p. 115):

Kant desenvolve a idéia de que todos os seres humanos, quaisquer que sejam são igualmente dignos de respeito, sendo que o traço distintivo do homem, como ser racional, está no fato de existir como *um fim em si mesmo*. Por esta razão ele não pode ser usado como simples meio, o que limita, nessa medida, o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Para o filósofo de Königsberg o *fundamento* da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional está na *autonomia da vontade* (grifo do autor).

Destaca Comparato (2019, p. 34) acerca da elaboração teórica deste filósofo que “o primeiro postulado ético de Kant é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática” e a manifestação desse comando de atuação ética se divide nos imperativos hipotético e categórico, conforme segue:

Ora, todos os *imperativos* ordenam ou *hipotética* ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. [...] No caso de a acção ser apenas boa como meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a acção é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico* (grifo do autor) (KANT, 2007, p. 50).

O imperativo hipotético vincula-se à ideia de que as ações humanas são realizadas para se atingir um determinado fim, na medida em que os interesses e intenções reais do indivíduo devem justificar os seus atos na busca para obter aquilo que pretende; já o imperativo categórico parte da ideia de um dever puro que é o de respeito à lei universal, ou seja, o homem deve praticar condutas que as demais pessoas sejam igualmente capazes de realizar a fim de que toda a coletividade possa agir de forma ética, conforme segue:

O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal [...] Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em **lei universal da natureza*** (grifo do autor) (KANT, 2007, p. 59).

A filosofia de Kant, portanto, sustenta a existência de um dever moral de caráter universal para guiar as ações humanas a fim de que os comportamentos individuais estejam em conformidade com o que deve valer para toda a coletividade partindo da construção de imperativos que guiarão o ser humano até alcançar a sua própria felicidade. Ademais, reconhecendo que a racionalidade é o elemento diferenciador do homem se comparado aos demais seres e que ele, dotado da capacidade de autodeterminar-se, reforça a sua autonomia da vontade, Kant (2007, p. 68-69) assevera que:

Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, 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 fim*. [...] Seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito). [...] Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser

tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é *fim em si mesmo*, faça um princípio *objectivo* da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: *a natureza racional existe com fim em si* (grifo do autor).

A perspectiva de Kant está alicerçada, portanto, na visão de que ao homem não se pode atribuir um preço sob pena de coisificá-lo, utilizando-o como mecanismo para se atingir certa finalidade ou satisfazer determinado interesse inapropriadamente, afinal deve ele ser reconhecido como um fim em si mesmo, cuja racionalidade e autonomia fundamentam a sua dignidade, consoante se observa abaixo:

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento* (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*. [...] *Autonomia* é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional (grifo do autor) (KANT, 2007, p. 77-79).

Nesse âmbito, conforme lições de Comparato (2019, p. 37-39), o filósofo prussiano defende que a vontade do indivíduo somente será reconhecidamente autônoma se, concomitantemente, a norma que ditou uma ação individual tornar-se universal e essa mesma norma universal passar a vincular as normas que a criou, estabelecendo máximas que estejam de acordo com as leis morais, conforme segue:

A nossa própria vontade, na medida em que agisse só sob a condição de uma legislação universal possível pelas suas máximas, esta vontade que nos é possível na ideia, é o objecto próprio do respeito, e a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a

condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação (KANT, 2007, p. 86).

Desse modo, a dignidade em Kant é formulada por meio da união de dois elementos, quais sejam a finalidade (homem como fim em si mesmo) e a autonomia da vontade, sendo esta por ele considerada o princípio supremo da moralidade, o que permite constatar que a finalidade se encontra alicerçada no exercício da razão, enquanto a autonomia confere liberdade às suas ações. Nessa senda, destaque-se:

Ao estabelecer que todos os seres racionais possuem um fim em si mesmo, o filósofo iguala os seres humanos, razão pela qual é possível estabelecer um paralelo do raciocínio de Immanuel Kant com a **igualdade** preconizada pelo cristianismo enquanto fundamento da dignidade humana, se bem que em bases teóricas completamente diversas daquelas teológicas. Em outra vertente, Immanuel Kant trabalha com o conceito de autonomia da vontade, ao que se pode novamente aproximá-lo da **liberdade** dos gregos, com a ressalva de que para o filósofo a vontade do ser humano só é plenamente livre na medida em que deve respeito à lei universal que ela própria criou (grifo do autor) (RIBEIRO, 2012, *online*).

Diante de todo o exposto, Barroso (2009, p. 250) bem sintetiza os preceitos defendidos por Kant no cenário do seu estudo acerca do vetor supremo da dignidade, ao lecionar que:

A dignidade da pessoa humana e a ideia que informa, na filosofia, o *imperativo categórico* kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter* (grifo do autor).

Por fim, o substrato da dignidade da pessoa humana, segundo o pensamento kantiano, reside na autonomia da vontade do indivíduo, que através do exercício da razão

é ser capaz de autodeterminar-se e de conduzir sua vida de forma livre e independente, devendo se adequar tão somente às limitações impostas pelas leis universais por ele editadas e aplicadas a todos os indivíduos de forma igualitária dentro da sociedade. Assim, conclui-se que, para Kant, a causa da dignidade humana nada mais é do que a simples presença da razão, sendo o homem um fim em si mesmo, dotado de potencial autonomia e resguardado pelo princípio da dignidade a ele inerente.

### **1.5.3 - A Dignidade da Pessoa Humana como norma-regra e como norma- princípio: limite e meta da atuação estatal**

A consolidação da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica é reconhecidamente fruto da vasta produção doutrinária de pensadores que, durante séculos, dedicaram-se a aprofundar o seu estudo, confirmando o lugar central que ela ocupa no pensamento filosófico, jurídico e político até os dias atuais.

No constitucionalismo contemporâneo, cuja conformação teve início com o segundo pós-guerra, não é possível pensar na consolidação de um Estado democrático dissociado da proteção à dignidade da pessoa humana, notadamente por consagrar, através do conjunto de princípios e diretrizes normativas nacionais e internacionais, ser o homem titular dos direitos e garantias fundamentais por ele conquistados ao longo do tempo, como averba Novelino (2014, *online*):

[...] Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou por alçar a **dignidade da pessoa humana** à categoria de núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático. Consagrada expressamente em importantes declarações internacionais de direitos humanos e em praticamente todos os textos constitucionais surgidos no segundo pós- guerra, a noção de dignidade une juristas, cientistas e pensadores a ponto de se afirmar que ela estabelece uma espécie de 'consenso teórico universal' (grifo do autor).

Destaque-se que a dignidade é atributo inerente e intrínseco ao ser humano, cuja existência independe de qualquer reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico. Entretanto, com a finalidade de confirmar o seu papel no processo de ascensão da



sociedade a patamares de civilidade e de proteção do indivíduo, buscou-se consolidar no plano normativo constitucional não apenas o seu valor essencialmente moral, mas também jurídico (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 17).

Portanto, tendo em vista que a dignidade corresponde não apenas a uma característica peculiar do indivíduo, mas também a um axioma constitucionalmente legitimado, é dever do Estado manter-se em constante processo de construção e desenvolvimento visando promover a sua máxima efetividade, compatibilizando a ordem jurídica com os avanços decorrentes dos plúrimos movimentos democráticos na sociedade e, nesse viés, destaca Sarlet (2011, p. 43):

[...] Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

Notadamente, Sarlet (2011, p. 43-45) ainda assevera que, enquanto em alguns países há certo debate acerca da posição mais adequada que esse vetor fundamental deve ocupar no ordenamento jurídico, no contexto nacional ele está expressamente positivado como princípio constitucional e como fundamento da República Federativa do Brasil, confirmando tanto o seu forte teor axiológico quanto a sua normatividade formal e material, atribuindo à dignidade a qualidade de cláusula pétrea, dotada de valor essencial e de eficácia vinculante.

Outrossim, quanto à hierarquização dos valores constitucionais, o postulado da dignidade assume a posição mais alta dentro da cadeia normativa, servindo como marco referencial para a elaboração e a aplicação do conteúdo jurídico material, buscando harmonizar o ordenamento e efetivar a proteção dos direitos e garantias fundamentais, adotando-se, desse modo, uma ordem sistêmica e unitária (CAMARGO, 2007, p. 116).

Quanto aos dispositivos normativos que dispõem acerca da dignidade da pessoa humana, Robert Alexy reconhece que a eles também se aplica a concepção de norma enquanto gênero, cujas espécies dividem-se em norma-regra e norma-princípio, haja vista a natureza mista desse vetor constitucional. Levando-se em consideração essa dupla caracterização normativa da dignidade, enquanto no campo das regras adota-se uma postura absoluta de dever de respeito e de proibição de condutas que a violem em razão da sua imperatividade, o seu reconhecimento na seara principiológica suscita a aplicação da técnica da ponderação e, em caso de eventual conflito axiológico, admite-se o sopesamento da dignidade em relação aos demais princípios, pois a depender da situação apresentada estes podem preferir àquela, conforme lição de Alexy (2008, p. 113):

Que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que 'a dignidade humana [...] tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça'. Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da 'comunidade estatal', sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana.

O que se denota, portanto, é que partindo da interpretação da dignidade sob o ponto de vista de uma norma-regra, ela assume um viés inflexível, enquanto uma análise a partir do seu reconhecimento como norma-princípio assume um caráter circunstancial, um mandamento de otimização que pode ser relativizado a depender da situação enfrentada, sendo essa a sequência do pensamento de Alexy (2008, p. 113-114):

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o

princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípio. Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. A impressão de um caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio; além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá - com grande grau de certeza - em face de todos os outros princípios.

Nesse mesmo contexto, a fim de ressaltar a diferenciação no reconhecimento da dignidade como regra e princípio, leciona Sarlet (2011, p. 95) da seguinte maneira:

Ainda no que diz com a dupla estrutura (princípio e regra) da dignidade, verifica-se que, para Alexy, o conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de ponderação que se opera no nível do princípio da dignidade, quando cotejado com outros princípios, de tal sorte que absoluta é a regra (à qual, nesta dimensão, se poderá aplicar, com as necessárias ressalvas, a lógica do 'tudo ou nada'), mas jamais o princípio.

O complexo normativo no qual estão inseridos os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana visam tutelar a autonomia da vontade dos indivíduos, garantindo-lhes o mínimo existencial, a proteção da sua personalidade e a prevenção da violação de direitos e garantias, cabendo ressaltar que, dentro desse sistema, a atuação

estatal e a coordenação de suas políticas públicas também são imprescindíveis para a sua máxima efetividade (BARROSO, 2009, p. 253).

Assim, a dignidade da pessoa humana enquanto vetor máximo de toda estruturação da ordem jurídica produz relevante impacto no âmbito dos direitos fundamentais buscando reforçar a simetria normativa que fortalece o dever de respeito dos seus pressupostos, tanto pelo Estado quanto pelos indivíduos e, quanto a estes, tais direitos fundamentais auxiliam sobremaneira no exercício da sua autodeterminação.

Conforme Bulos (2014, p. 512) a dignidade da pessoa humana reflete um sobreprincípio, por ser elemento de observância obrigatória na elaboração das demais normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios, afinal, sua força centrípeta rege todo o sistema de direitos e garantias fundamentais e como forma de promover a sua ampla proteção, englobando direitos atinentes às dimensões de liberdade, igualdade e solidariedade, inatos à personalidade do homem e à sua própria existência, a dignidade da pessoa humana é pilar de justiça e de combate a violações, opressões e restrições de valores civilizatórios e um primado para o fortalecimento da vedação do retrocesso social.

Assim, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe mandamentos de proteção e de promoção do indivíduo, exigindo a criação de mecanismos estatais e legais que garantam a sua efetiva aplicação social, proporcionando o acesso a recursos indispensáveis à uma qualidade de vida digna e consagrando a efetividade das normas referentes aos direitos fundamentais.

Vale comentar, ademais, que a noção de dignidade se consubstancia a partir do contexto jurídico dos diferentes povos, pois, ao mesmo tempo em que ela possui um caráter universal, também recebe influências culturais, econômicas e sociais peculiares de determinado local e período, fatores estes que auxiliam na composição dos instrumentos mais adequados para a sua aplicabilidade dentro de cada sociedade, oferecendo aos seus indivíduos a garantia dos seus direitos basilares, conforme segue:

No que se refere à concepção da dignidade como norma-regra, está relacionada com a proteção jurídica que ela confere ao indivíduo e à base de seus direitos fundamentais, afastando a possibilidade de sua instrumentalização, ou seja, com a atuação legal que impõe o dever de proteção e resguardo dos direitos fundamentais inerentes ao homem em face das violações provocadas por condutas do Estado e de particulares, guiando a conduta de todos aqueles que de algum modo interferem na organização e na estruturação de uma determinada sociedade, conforme se depreende a seguir:

O dever de respeito (observância) se consubstancia, em uma regra, de caráter eminentemente negativo, que impõe a abstenção da

prática de condutas violadoras da dignidade, impedindo o tratamento da pessoa humana como um simples meio para se atingir determinados fins. Esta concepção deve ser matizada pelo entendimento de que a violação da dignidade só ocorre quando este tratamento como objeto constitui uma 'expressão do desprezo' pela pessoa humana (CAMARGO, 2007, p. 121).

Isto posto, conclui-se que a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, atuando como vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico, com o fim de promover a pacificação e a harmonização da sociedade a partir do reconhecimento do indivíduo como a figura a quem se destinam todos os mecanismos de proteção existentes na ordem constitucional e legal que visem à tutela efetiva de seus interesses e à garantia máxima de sua autonomia.

## **2 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Este capítulo terá como enfoque a Defensoria Pública dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para as garantias e prerrogativas inseridas na Constituição Federal de 1988 que visam a máxima efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo. Inicialmente, será analisado o papel que esse órgão exerce dentro da conformação do Estado democrático de direito, perpassando por origens históricas, conceitos, natureza jurídica, características, princípios institucionais, bem como as garantias e limitações de seus membros.

Também serão abordadas as atribuições da instituição a fim de promover a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que, em razão de sua condição de hipossuficiência, necessitam da atuação defensorial para a garantia de seus direitos. Por fim, serão estudadas as Emendas Constitucionais nº 45/04, 69/12 e 73/14 que conferiram autonomia, respectivamente, às Defensorias Públicas estaduais, do Distrito Federal e da União, que contribuiram para o reconhecimento da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, confirmando o seu patamar de órgão permanente dentro da ordem jurídica nacional.

### **2.1 – A Defensoria Pública e seu Papel Institucional**

A Constituição Federal de 1988 consolidou o início do período de redemocratização do Brasil após longos anos de regime autoritário marcados por graves violações de direitos e cerceamento de liberdades. O rompimento do autoritarismo

estatal fez surgir uma nova ordem constitucional fundada na dignidade da pessoa humana, trazendo mecanismos que efetivação da justiça social e da máxima proteção dos direitos e garantias do indivíduo, contexto no qual se insere a Defensoria Pública.

A criação do órgão defensorial nesse cenário de reestruturação político-social e de consolidação do Estado democrático de direito tem por escopo basilar a garantia do amplo acesso à justiça àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade dentro da sociedade, garantindo-lhes a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, de seus direitos e nesse contexto, leciona Rocha (2013, p. 47-48):

A razão de existir da Defensoria Pública é o ser humano em condição de vulnerabilidade, cabendo-lhe, enquanto serviço público, adotar as providências jurídicas e políticas, extrajudiciais ou judiciais a conferir-lhe a dignidade necessária ao bem viver. Não interessa apenas ao seu Usuário, mas a toda a sociedade, diante da indivisibilidade dos direitos humanos e da interligação que caracteriza a sociedade contemporânea.

Há que se destacar que a menção expressa acerca da Defensoria Pública trazida pelos constituintes originários demonstra a preocupação em proporcionar o máximo acolhimento, por parte do Estado, daqueles que necessitam sobremaneira do seu suporte, estruturando a instituição a fim de realizar um atendimento essencialmente humanitário, confirmando a essencialidade da sua existência no contexto brasileiro.

Outrossim, o patamar em que a Defensoria Pública se encontra atualmente é resultado de uma longa trajetória marcada por grandes e persistentes lutas voltadas para ampliar o reconhecimento da instituição e fortalecer o seu papel dentro do ordenamento jurídico pátrio, notadamente através da equiparação de garantias em relação aos demais órgãos jurisdicionais, da legitimação dos princípios institucionais e da autonomia de sua atuação, conforme será abordado a seguir.

### **2.1.1 – Considerações Gerais acerca da Instituição**

Para compreender a atual formação e as atribuições destinadas à Defensoria Pública na ordem jurídica contemporânea faz-se necessário realizar uma retrospectiva histórica, apresentando o percurso trilhado pela instituição até a promulgação da Carta Magna de 1988 e sua conseqüente evolução no âmbito da proteção de direitos fundamentais promovida até os dias atuais.

Por definição constitucional, a Defensoria Pública é função essencial à justiça, expressão e instrumento do Estado democrático que preza pela promoção de direitos

humanos e pela ampla e completa defesa dos direitos individuais e coletivos, seja em âmbito judicial ou extrajudicial. A instituição presta assistência jurídica integral e gratuita àqueles indivíduos que não possuem recursos financeiros para arcar com as custas processuais, oferecendo suporte para a efetiva tutela de seus direitos em paridade de armas com as demais pessoas físicas ou jurídicas buscando promover, em última análise, a isonomia formal e material.

O precedente histórico de maior relevância no âmbito da garantia de acesso à justiça aos necessitados remete à Constituição Federal de 1934, que trazia um capítulo destinado aos direitos e garantias individuais e dispunha sobre a criação, por parte da União e dos Estados, de órgãos especiais para assegurar a concessão de assistência judiciária aos necessitados, os quais estariam isentos do pagamento de emolumentos, custas, taxas e selos durante o curso do processo, órgãos estes que hoje correspondem às Defensorias Públicas (LIMA, 2015, p. 19).

Destaque-se que, durante a sua vigência desta Constituição, Rocha (2016, p. 271) ensina que alguns Estados instituíram sua própria assistência jurídica, a qual era vinculada a órgãos estatais, a exemplo do Ceará que por meio do decreto estadual nº 1.560/35 veio prever a “nomeação de titulados em direito para o exercício da assistência judiciária, e, excepcionalmente, ainda admitia aos adjuntos de promotor a manutenção da atribuições para o patrocínio dos necessitados na seara cível”, e de São Paulo, através do decreto nº 7.078/35208 e, posteriormente, da lei nº 2.497/35209<sup>4</sup>, que dispunha sobre a organização do Departamento de Assistência Social do Estado.

Com a Constituição Federal de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, iniciou-se um período de enfraquecimento da assistência judiciária, haja vista que a nova ordem constitucional não trouxe em seu bojo a concessão desta garantia, porém ainda permitia que a União e os Estados editassem leis e criassem órgãos voltados para a sua proteção e execução.

---

208 <sup>3</sup>Artigo 6.º - Ficam atribuídos à Secretaria da Justiça o Negócios do Interior os serviços relativos: 26) à assistência judiciária.

209 Art. 151 - Cabe ao Consultorio Jurídico de Serviço Social:

b) prestar assistência Jurídica a todos os que, na fórmula desta lei, necessitem de protecção social, taes os menores, a família, os desvalidos, os egressos, assim de reformatorios e estabelecimentos penaes e correcionaes como de estabelecimentos hospitalares, exceptuados os trabalhadores, que continuam sob a assistência do Departamento Estadual do Trabalho.

Todavia, nesta mesma década, foi elaborado o Código de Processo Civil de 1939 que, indo de encontro ao movimento político e constitucional instaurado, inovou o ordenamento jurídico ao trazer o instituto da justiça gratuita, atribuindo-lhe caráter personalíssimo, voltado àqueles que não tinham condições de pagar as custas processuais:

Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

I – das taxas judiciárias e dos selos;

II – dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV – das indenizações devidas a testemunhas; V – dos honorários de advogado e perito.

Parágrafo único. O advogado será escolhido pela parte; si esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz (BRASIL, 1939, *online*).

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1946, advinda após um período marcado pela instabilidade política, retomou-se a preocupação com o catálogo de direitos fundamentais, dispondo de forma expressa a concessão de assistência judiciária aos necessitados por parte do poder público, atribuindo ao legislador ordinário a elaboração de lei para a sua regulamentação, apesar de não prever a criação de órgãos especiais como na Carta Magna de 1934.

Lima (2015, p. 21-22) destaca que, seguindo as recomendações da então vigente Carta Constitucional de 1946, foi editada a lei nº 1.060/50, estabelecendo normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados e efetivando a implantação desse sistema na ordem jurídica nacional. Referida lei é considerada uma relevante base jurídica para a concretização do amplo acesso à justiça no contexto democrático do Estado brasileiro, mesmo após as atualizações em seu texto decorrentes da criação da Defensoria



Pública e da revogação de alguns de seus dispositivos pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

Tendo em vista que esse instrumento normativo determina ser de incumbência precípua da União e dos Estados a prestação da assistência judiciária, ainda que por ventura haja a colaboração de outros entes federados ou de instituições privadas, Lima (2015, p. 22), assevera que:

A primeira conclusão a que se chega é a de que a assistência judiciária é função do Poder Público, por ele devendo ser prestada. E mais. No caso, deixou-se evidente que nas órbitas federal e estadual, apenas. A atuação supletiva outorgada aos municípios e à Ordem dos Advogados do Brasil somente foi inserida neste dispositivo por força da Lei 7.510/86. O conceito de assistência judiciária não foi modificado com esta alteração legal, haja vista que os municípios e a OAB são *colaboradores* eventuais da assistência; por isso, quando auxiliam judiciariamente os necessitados, não encarnam as prerrogativas inerentes à assistência prestada pelo Estado (grifo do autor).

É importante observar, ainda, que a lei nº 1.060/50 revogou as disposições sobre justiça gratuita do Código de Processo Civil de 1939, porém manteve o caráter personalíssimo da garantia da gratuidade e previu a integralidade da assistência judiciária ao informar que ela compreende todos os atos processuais em qualquer instância até a decisão final.

No que se refere à Constituição Federal de 1967, outorgada sob o pálio de um manietado congresso constituinte por militares durante o período ditatorial do Brasil, esta não trouxe alterações nesse contexto, novamente prevendo expressamente em seu texto a concessão de assistência judiciária aos que dela necessitassem, mantendo condicionada a plena eficácia dessa norma constitucional à existência de lei.

Sob a vigência da Carta Magna de 1967 houve a elaboração do Código de Processo Civil de 1973 que, assim como o seu predecessor, disciplinava tão somente acerca da gratuidade da justiça e não sobre o serviço de assistência judiciária – cujos conceitos se diferenciam, conforme será abordado adiante. Ademais, a previsão na novel legislação foi sintética, tendo em vista a vigência da lei nº 1.060/50 que tratava especificamente sobre o tema, consoante se denota a seguir:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença (BRASIL, 1950, *online*).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram promovidas relevantes modificações no âmbito da assistência judiciária a fim de estender a sua aplicação e proteger de forma mais abrangente os direitos dos necessitados. Uma das grandes mudanças propostas pela nova ordem constitucional foi a alteração do termo “assistência judiciária” por “assistência jurídica”, legitimando uma atividade estatal voltada não apenas à seara judicial, mas também extrajudicial, a exemplo da atuação em processos administrativos, aplicação de meios alternativos de solução de conflitos e consultorias jurídicas (LIMA, 2015, p. 23-24).

Nessa toada, oportuno destacar que a inserção inaugural da Defensoria Pública no texto constitucional vigente teve como grande referência a Defensoria Pública do Rio de Janeiro que, já antes da promulgação da CF/88, trazia previsões inovadoras acerca das funções institucionais que garantissem uma ampliação do acesso à justiça, como bem assevera Rocha (2016, p. 275):

Deve ser ressaltado que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já prescrevia dentre suas funções *“a defesa dos direitos dos consumidores”*, de nítida índole coletiva, dentre os chamados “novos direitos”, bem como *“tentar a conciliação das partes antes de promover a ação”*, como a demonstrar a capacidade de a instituição promover o acesso à justiça na linha das três ondas descritas por Cappelletti e Bryant, e de conseguir se adaptar às novas necessidades da sociedade. Foi com esta visão que os movimentos buscaram colocar a Defensoria Pública na Constituição, pela primeira vez e de forma expressa, como a instituição responsável pela prestação da assistência judiciária e, conseqüentemente, corroborando com o acesso à Justiça, que já havia sido tratada como direito e garantia fundamental em Cartas anteriores (grifo do autor).

A criação da Defensoria Pública pelos constituintes originários decorreu da necessidade de se instituir um órgão permanente e independente para exercer a função

jurisdicional do Estado direcionada para a promoção e a execução da assistência jurídica integral e gratuita dos hipossuficientes. Nesse sentido, é a lição de Lima (2015, p. 24).

Até 1988, as Constituições faziam referência expressamente à atividade (assistência judiciária), mas não ao órgão que deveria prestá-la, o que, numa palavra, acarretava a inoperância e a ineficiência do serviço. Com efeito, ao invés da atribuição da assistência a órgãos inseridos na estrutura do Poder Executivo, o legislador de 1988 definiu que a assistência jurídica deveria ser prestada por uma instituição independente, especialmente incumbida deste mister, designada como Defensoria Pública. Agora, com a existência de uma instituição especificamente voltada para prestar assistência jurídica aos necessitados, o serviço, público passa a ser realizado por um corpo especializado de agentes, que possuem estrutura própria e se dedicam exclusivamente a esta tarefa.

Com o advento do CPC/15 reforçou-se a relevância da Defensoria Pública dentro do ordenamento jurídico brasileiro que, em título específico, passou a dispor acerca das suas funções, direitos e prerrogativas voltados para a defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos daqueles a quem a instituição confere a assistência jurídica, com destaque para a atuação como curador especial, as prerrogativas do prazo em dobro para as manifestações processuais e a necessidade de intimação pessoal do defensor público.

Ademais, o atual Código processualista (Brasil, 2015, *online*) estabelece deveres e responsabilidades aos defensores públicos, pois, como sujeitos do processo, devem atuar com diligência e ética, preservando a boa-fé processual, podendo sofrer sanções tanto administrativas, no âmbito interno da instituição, quanto civis, de forma regressiva, caso venham a descumprir tais preceitos, a exemplo do que dispõe o artigo 187 ao determinar que “o membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

Por fim, levando-se em consideração que o advento da Constituição Federal vigente ensejou a separação conceitual dos institutos da justiça gratuita, da assistência judiciária e da assistência jurídica, é imprescindível expor as características que os diferenciam, delimitando a sua abrangência e aplicabilidade nos cenários processual e jurídico internos.

A justiça gratuita, conforme lição de Esteves e Silva (2018, p. 163), está vinculada essencialmente à dispensa de pagamento antecipado das despesas processuais por aqueles indivíduos que apresentam situação econômica fragilizada e não dispõem de recursos para custeá-las. Não obstante tal benefício só possa ser pleiteado quando do ajuizamento de uma ação judicial - por ser instrumento tipicamente processual -, sua postulação pode ser realizada no âmbito de qualquer processo, independentemente da temática e da fase em que ele se encontre, sendo necessário tão somente apresentar declaração de hipossuficiência atestando a ausência de recursos financeiros para adiantar as custas judiciais, podendo o seu deferimento ocorrer em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Quanto à assistência judiciária, também é um instituto que se vincula ao processo judicial, podendo ser definido como o auxílio estritamente jurídico prestado a um indivíduo durante o curso da ação processual, de forma gratuita ou onerosa, por meio de advogado particular, de advogado dativo ou da Defensoria Pública, a depender da situação. Refere-se, portanto, à efetiva defesa em juízo dos interesses dos necessitados por meio da prestação gratuita de serviços advocatícios e, atinente à atuação da Defensoria Pública, por ser instituição pública, exerce essa atribuição de forma gratuita, sem exigir qualquer contraprestação do assistido hipossuficiente (LIMA, 2015, p. 56-58).

Por fim, a assistência jurídica constitui-se em instituto jurídico de Direito Público e tem por escopo auxiliar, de forma integral e gratuita, todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, tanto na seara judicial quanto extrajudicial, revelando-se, assim, um instituto que se desvincula da necessária existência de um processo tramitando em juízo. Esse benefício decorre de previsão constitucional expressa e quem detém competência exclusiva para exercê-lo é a Defensoria Pública, cuja função é a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 164-165).

O modelo de acesso à justiça adotado no Brasil para fins de prestação da assistência jurídica gratuita pela Defensoria Pública é o *salaried staff model*, segundo o qual, nas palavras de Esteves e Silva (2018, p. 6) "os advogados laboram em regime empregatício e recebem remuneração fixa por período de trabalho diário, independentemente da carga de serviço ou de tarefas efetivamente cumpridas". Ademais, acerca do tema, Lima (2015, p. 61) leciona que:

Consiste na remuneração de agentes públicos pelo Estado para realizarem assistência judiciária gratuita. [...] A Defensoria Pública é o reflexo da adoção, pelo Brasil, do *salaried staff model* de prestação de assistência judiciária gratuita, porquanto consubstancia instituição designada pela Constituição com o fim

específico de auxiliar juridicamente os carentes de recursos financeiros, sendo aparelhada com uma complexa estrutura organizacional e aprovisionada de agentes públicos cuja missão se traduz na proteção jurídica aos hipossuficientes.

Desse modo, conforme lição de Esteves e Silva (2018, p. 167), “ao contrário do que ocorre com a gratuidade de justiça, o direito à assistência jurídica gratuita desperta uma conduta positiva do Estado, que deverá assumir postura atuante para garantir a adequada proteção dos direitos do economicamente necessitado”. Assim, não obstante a forte correlação entre tais instrumentos jurídicos, cada um possui características típicas, denotando a sua relevância e o papel que individualmente exercem dentro da ordem jurídica brasileira, garantindo a todos, de forma isonômica, o acesso à justiça.

### ***2.1.2 – Princípios Institucionais da Defensoria Pública***

Os princípios são normas jurídicas reconhecidamente dotadas de alto grau de abstração, generalidade e amplitude, que, conforme lição de Alexy (2008, p. 90-94), ao prescreverem valores básicos voltados para a orientação dos órgãos estatais responsáveis por atividades de aplicação e criação do direito, conferem harmonia e unidade a todo o ordenamento jurídico.

Este instrumento normativo promove, ao lado das regras, o equilíbrio do sistema jurídico nacional que, uma vez inseridos na Constituição Federal, reverberam também no âmbito da Defensoria Pública, direcionando a atuação deste órgão através de princípios institucionais específicos ao cumprimento das funções a ele inerentes. Nesse contexto, asseveram Esteves e Silva (2018, p. 350):

No âmbito da Defensoria Pública, os princípios institucionais espelham os postulados básicos e os valores fundamentais da Instituição, formando o núcleo essencial de sua sistemática normativa. Em virtude de sua natureza normogenética, os princípios institucionais atuam como diretrizes que informam as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras que, de algum modo, guardam relação com a Defensoria Pública.

Destaque-se que, em que pese a criação da Defensoria Pública ter advindo do poder constituinte originário, a inserção dos princípios voltados para resguardar a

atuação defensorial se deu apenas por força da Emenda Constitucional nº 80/14 que inseriu ao artigo 134 o seu §4º, passando a prever expressamente no texto constitucional a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional como princípios institucionais, neste exatos termos “são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal” (BRASIL, 1988, *online*).

Ademais, a incorporação de tais princípios na *Lex Mater* os alçou à categoria de normas constitucionais, reforçando a importância destes postulados normativos no bojo da instituição, entretanto tais preceitos axiológicos foram introduzidos no ordenamento jurídico a partir da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, que organiza e prescreve normas gerais acerca da instituição, dispondo em seu artigo 3º que “são princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional” (BRASIL, 1994, *online*) e nesse âmbito a lição de Fensterseifer (2017, p. 136) segue abaixo:

A EC 80/2014 tratou de incorporar ao regime constitucional da Defensoria Pública, precisamente no § 4º do art. 134 da CF/88, os princípios institucionais da *unidade*, da *indivisibilidade* e da *independência funcional*, tal como já o fazia em relação ao Ministério Público desde a gênese do texto constitucional (art. 127, § 1º). Somados à autonomia institucional já tratada anteriormente, os princípios em questão reforçam o estatuto jurídico da Defensoria Pública ao trazer para a norma constitucional regramento previsto anteriormente apenas em sede infraconstitucional, notadamente no art. 3º da LC 80/94. A relevância dos princípios em questão está associada, juntamente com a autonomia atribuída à instituição, ao livre exercício de suas atribuições institucionais, afastando qualquer ingerência indevida, tanto externa quanto interna (grifo do autor).

Desse modo, o reconhecimento dos princípios em âmbito constitucional apenas confirmou na perspectiva formal o que já era materialmente constitucional pois, considerando-se o parâmetro amplo de bloco de constitucionalidade e tendo em vista que todas as normas infraconstitucionais devem tomar como base os preceitos da CF/88, é possível asseverar que as previsões contidas na LC nº 80/94 e estão em consonância com os ideais constitucionais pátrios.

Segundo o princípio da unidade, a Defensoria Pública é formada por um todo unitário, dotada de coesão organizacional, cujas diretrizes e finalidades são próprias da instituição, garantindo a sua manutenção e delimitando as suas atribuições, objetivos, atuação e funcionamento tanto na Defensoria Pública da União, quanto nas Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal.

Outrossim, a atuação defensorial no âmbito de cada ente federado, ensejando um certo desmembramento da instituição, não corresponde a uma violação de tal princípio, posto que existe apenas uma única Defensoria Pública em todo o território nacional com núcleos que se dividem para proporcionar a máxima expansão dos seus serviços e atingir um maior contingente populacional que demanda por sua assistência jurídica, inexistindo entre eles qualquer vinculação de ordem administrativo-financeira ou hierárquica.

Nesse contexto, Lima (2015, p. 88) leciona que “a unidade somente existe em cada ramo da Defensoria Pública (União, Estados, e Distrito Federal), o que, noutros termos, implica dizer que cada especialização da Defensoria Pública possui sua própria unidade”, enquanto Esteves e Silva (2018, p. 352), ao abordarem o tema, complementam asseverando que:

Importante observar que, sob o prisma orgânico, a unidade somente existe no âmbito de cada Defensoria Pública, já que compõem estruturas organizacionais distintas e encontram--se sob chefia institucional diversa. Não é correto, portanto, falar em unidade orgânica entre Defensoria Pública Estadual e a Defensoria Pública da União, nem entre a Defensoria Pública de um Estado e a de outro. Essa consequência jurídica decorre do próprio sistema federativo, cuja forma de estruturação inspira a divisão de atribuições e a existência de autonomia entre as Defensorias Públicas. [...] Não há qualquer vinculação hierárquica, administrativa ou financeira entre as Defensorias Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, possuindo cada uma delas organização autônoma e distinta. No entanto, sob o prisma funcional, é possível identificar a unidade entre todas as Defensorias Públicas do país, haja vista desempenharem as mesmas funções institucionais e com a mesma finalidade ideológica. Na verdade, funcionalmente os diversos ramos da

Defensoria Pública se encontram separados unicamente em virtude da distribuição constitucional de atribuições, criada para que a Instituição possa melhor proteger aos interesses dos necessitados.

No entanto, apesar das Defensorias Públicas de cada ente da federação terem a sua própria unidade, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, como desdobramento deste princípio, a possibilidade das Defensorias Públicas Estaduais patrocinarem causa na Justiça Federal nos casos em que não houver Defensoria Pública da União instalada na localidade onde tramita o processo, a evidenciar o caráter de garantia institucional dos direitos fundamentais de seus assistidos, conforme se verifica a seguir:

RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 29, § 1.º, INCISO III, § 4.º, INCISOS I E VI, E § 5.º, TODOS DA LEI N.º 9.605/1998, C.C. O ART. 288 DO CODIGO PENAL. ALEGACAO DE VIOLACAO AOS PRINCIPIOS DO DEFENSOR PUBLICO NATURAL E DA AMPLA DEFESA. SUPOSTO CONFLITO DE ATRIBUICOES ENTRE A DEFENSORIA PUBLICA FEDERAL E ESTADUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NAO CONFIGURADO. PLEITO DE NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. AUSENCIA DE DEMONSTRACAO DE PREJUIZO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não se

verifica nulidade no oferecimento de defesa previa por parte da Defensoria Pública estadual perante a Justiça Federal, notadamente porque, como ressaltado pelo Magistrado processante, os próprios Recorrentes buscaram o auxílio de mencionado órgão, e não havia representação da Defensoria Pública da União no Município dos Réus. 2. Ademais, nos termos do art. 3.º da Lei Complementar n.º 80/94 - que organiza a Defensoria Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios -, são princípios norteadores da atuação da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, de forma que a atuação da Defensoria estadual, no caso, mobilizando-se para promover defesa dos Acusados, em nada feriu os direitos dos Recorrentes, mas conferiu concretude a ampla defesa e ao contraditório, que e um dos propósitos do Órgão de forma geral. 3. A teor do art. 563, do Código de Processo Penal,



que positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades - pas de nullite sans grief -, tanto o reconhecimento de nulidade absoluta quanto o de nulidade relativa exigem demonstração de concreto prejuízo.<sup>4</sup> Recurso desprovido. (RHC 45.727/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 24/06/2014) (BRASIL, 2014, *online*).

Por fim, Paiva (2016, p. 27-29) defende que o princípio da unidade se ramifica em três planos, quais sejam a unidade hierárquico-administrativa, a unidade funcional e a unidade normativa que, juntas, formam o todo orgânico da Defensoria Pública:

No que diz respeito à unidade hierárquico-administrativa [...] coexistem as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e de cada Estado de forma harmônica, sem qualquer vinculação hierárquico-administrativa, tratando-se de ramificações de um *todo orgânico* maior, mas com chefias independentes e autônomas. [...] A faceta funcional do princípio da unidade indica que as Defensorias Públicas devem se empenhar para que os objetivos institucionais (art. 3º-A da LC 80), comuns a todas elas, façam parte de uma atuação nacional conjunta e programada, o que contribui para o fortalecimento do acesso à justiça no Brasil e também para a afirmação de uma 'pauta defensorial'. [...] A unidade normativa da Defensoria Pública decorre, a meu ver, do art. 134, § 1º, da CF, que estabelece que '*Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados (...)*', sendo que extraio desse dispositivo a conclusão de que tanto a organização da DPU e da Defensoria Pública do Distrito Federal quanto as normas gerais prescritas para as Defensorias dos Estados devem observar uma singularidade normativa (grifo do autor).

Quanto ao princípio da indivisibilidade, entende-se ser uma decorrência lógica do princípio da unidade, existindo uma correlação necessária entre ambos, ao prever a impossibilidade de se fragmentar ou dissociar a Defensoria Pública, pois, conforme bem destaca Rocha (2013, p. 113), "em algo uno não se pode admitir fracionamentos e a

indivisibilidade tem a mesma motivação de viabilizar a integralidade da instituição”. No entanto, não há que se confundir tais princípios, pois enquanto a unidade se vincula à organização e funcionamento da Defensoria em si e sua relação com questões externas, a indivisibilidade está atrelada a um fator interno que é a atuação dos defensores públicos, como destacado:

Assim, não obstante ‘irmãos’, o princípio da unidade não se confunde com o da invisibilidade. O primeiro diz respeito à estrutura hierárquica, administrativa e institucional, porquanto o segundo, à atuação institucional; enquanto o princípio da unidade garante o mesmo núcleo gestor, o da indivisibilidade, que cada membro é a instituição; enquanto o primeiro tem uma maior aplicabilidade político-administrativa, o segundo tem uma maior perspectiva técnica-funcional (ROCHA, 2013, p. 114).

Tal princípio aponta, portanto, que aqueles que compõem o seu órgão de execução não atuam em nome próprio, senão como um *longa manus* da instituição, havendo uma fungibilidade entre tais membros, podendo ser substituídos uns pelos outros no exercício da função, quando necessário for, sem que tal fato promova qualquer implicação na prestação da assistência jurídica defensorial e sem que haja qualquer vinculação de ideias e opiniões acerca das teses adotadas por cada um, uma vez que a eles é concedida liberdade para adotarem a melhor forma de conduzir o processo em que atuam de acordo com suas próprias convicções e estratégias jurídicas, correlacionando-se, conseqüentemente, com o princípio da independência funcional (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 355).

Assim, se durante o curso de um determinado processo o defensor público que nele atuava não puder mais acompanhar o seu andamento, seja por motivo de promoção, remoção, férias, aposentadoria, ou qualquer outra razão que impeça sua atuação de forma temporária ou definitiva, então será nomeado um outro membro, igualmente habilitado para exercer tal função, haja vista que todos eles atuam em nome do todo indivisível que é a Defensoria Pública (LIMA, 2015, p. 89).

No que se refere ao princípio da independência funcional, está vinculado diretamente à execução das funções do defensor público que, a partir de suas convicções pessoais e linhas de pensamento técnico-jurídicas, conduzem a sua atuação e o seu trabalho a fim de proporcionar a máxima e efetiva assistência jurídica àqueles que buscam o atendimento da Defensoria Pública, afinal, conforme asseveram Esteves e Silva (2018, p. 357) “em virtude de sua independência funcional, os defensores públicos

podem atuar livremente no exercício de suas funções institucionais, rendendo obediência apenas à lei e à sua própria consciência”.

Desse modo, o que se denota é que o órgão de execução defensorial não está submetido a qualquer vinculação, controle ou hierarquia ideológica, não se admitindo que as manifestações de seus membros sejam tolhidas caso se dissociem do entendimento exarado por outras entidades ou até mesmo por outros membros da própria instituição, estando livres, por conseguinte, de qualquer ingerência externa, bem como de recomendações advindas de patamares superiores dentro do escalão da Defensoria Pública, salvo aquelas que se tratarem de questões administrativas de âmbito interno (ESTEVEZ; SILVA, 2018, p. 357).

Outrossim, importante mencionar que não há que se confundir autonomia funcional com independência funcional, pois enquanto esta se refere a um princípio de aplicação *interna corporis*, direcionado ao exercício da função dos defensores públicos individualmente, aquela representa uma garantia institucional da Defensoria Pública, voltada para o reconhecimento da instituição como um órgão que não possui qualquer dependência ou interferência de ordem administrativa, organizacional ou financeira com outro órgão ou poder estatal, consoante lição de Fensterseifer (2017, p. 137):

[...] Diferentemente da *autonomia funcional* que se destina à instituição (Defensoria Pública), a *independência funcional* volta-se ao titular do cargo de Defensor Público. Aqui também opera o mesmo raciocínio destacado na caracterização dos princípios da unidade e da indivisibilidade, ou seja, de que a autonomia funcional se volta ao plano externo, nas relações travadas pela instituição frente a outros órgãos e poderes do Estado (ou mesmo instituições privadas), ao passo que a independência funcional está situada no plano interno, podendo ser vindicada inclusive contra a chefia institucional em situações de violação a tal prerrogativa e garantia dos Defensores Públicos no desempenho das suas atribuições legais (grifo do autor).

Isto posto, fato é que esses princípios se entrelaçam e se complementam, não sendo possível estabelecer uma abordagem individualizada acerca de um deles sem correlacionar com os demais, posto que formam um conjunto coerente e interdependente entre si a fim de integrar o sistema normativo da Defensoria Pública e garantir a sua consolidação dentro do sistema jurídico nacional.

### **2.1.3 – Garantias de seus Membros**

A busca por uma efetiva prestação de assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública requer a existência de mecanismos que possibilitem a seus membros exercer suas funções de modo a atingir satisfatoriamente os objetivos institucionais. Diante disso, as garantias institucionais expressamente dispostas na LC nº 80/94 surgem nesse contexto, sendo elencadas como tais a independência funcional, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade.

Em atenção ao princípio da unidade, tais garantias se destinam aos membros das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal de forma equânime, voltadas para assegurar uma atuação livre e independente, isentos de quaisquer interferências externas capazes de macular o pleno exercício das suas atividades institucionais, ou seja, se vinculam ao cargo de defensor público, não havendo que se falar em uma prerrogativa ou uma regalia pessoal destes, conforme pontua Lima (2015, p. 392):

[...] As garantias protegem o Defensor Público, mas o protegem com o objetivo de que se alcance o interesse público. Não é um garantir sem uma finalidade específica. Sob este prisma, pode-se dizer que as garantias se traduzem em um meio de proteção ao Defensor Público, de modo que ele possa realizar com segurança e plenitude as suas funções institucionais.

Segundo Rocha (2013, p. 220) as garantias podem ser divididas em garantia de exercício e garantia de carreira, as quais, apesar de apresentarem certa correspondência entre si, possuem enfoques distintos quando analisadas sob o viés institucional, conforme se denota a seguir:

As garantias de exercício são a inamovibilidade e a independência funcional, posto que elas estão intrinsecamente ligadas à labuta cotidiana na instituição, viabilizando a concreta realização das funções institucionais. As garantias da carreira são justamente aquelas que possibilitam uma segurança na carreira, que são a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade.

A independência funcional está vinculada à liberdade de atuação do defensor público ao exercer suas funções institucionais de forma livre e autônoma, sem qualquer interferência na sua atuação, aplicando os seus conhecimentos técnicos a fim de efetivar a prestação da assistência jurídica integral e gratuita que lhe incumbe, conforme bem

ressaltam Esteves e Silva (2018, p. 630) “em virtude dessa garantia, o membro da Defensoria Pública se encontra blindado contra toda e qualquer ingerência externa, podendo atuar com altivez na defesa dos interesses dos juridicamente necessitados”. Tal entendimento é igualmente compartilhado por Corgosinho (2014, p. 200) ao afirmar que:

[...] No plano interno, afastando a possibilidade de qualquer hierarquia do ponto de vista funcional entre os membros da carreira, órgãos de execução, de atuação e, até mesmo, em face dos órgãos da administração superior da Defensoria Pública. Por outro lado, atua também no plano externo, em reforço à autonomia da Instituição, impedindo, desse modo, que qualquer outra autoridade ou organismo público possa exercer ingerência ou interferência externa sobre o Defensor Público, no que diz respeito ao exercício de suas atribuições e competências legais.

Por outro lado, apesar de estar o defensor público isento de qualquer interferência interna acerca de sua atuação jurídica, seja ela fruto de um sistema hierárquico ou de outros órgãos estatais, essa garantia não é aplicada de forma absoluta, haja vista que não se estende ao âmbito administrativo da instituição, ocasião em que poderá ser objeto de controle por parte de seus superiores, devendo cumprir com o dever de prestar informações acerca de sua atuação quando lhe for requisitado, a exemplo de situações em que entender ser a ação judicial manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses do assistido, devendo informar esse fato ao Defensor Público Geral com a respectiva justificativa (LIMA, 2015, p. 393).

Quanto à inamovibilidade, pode ser entendida como a proteção conferida ao exercício da atividade de defensor público, uma vez que tem como premissa impedir que motivações políticas ensejem remoções arbitrárias daqueles membros que exercem suas funções com titularidade em determinado órgão, combatendo condutas que descumprem os procedimentos legalmente previstos para tanto e que violam direitos e prerrogativas institucionais básicas.

Segundo Esteves e Silva (2018, p. 632), tal garantia, também prevista no texto constitucional, visa coibir deslocamentos forçados, tanto no âmbito territorial quanto funcional dos membros da Defensoria, porventura praticados como forma de represália ou obstrução dos serviços prestados pelo seu órgão de execução, obstando que seus membros sejam realocados para outra comarca, secretaria, área ou órgão funcional sem

a sua devida comunicação e consentimento. Corroborando esse entendimento, segue o comentário de Paiva (2016, p. 39):

Sobre a proteção da inamovibilidade, importante ressaltar que o princípio do defensor natural impede não apenas *remoções territoriais* arbitrárias, isto é, a retirada do defensor público da comarca X para a comarca Y, mas também *remoções funcionais* descabidas, que ocorreriam com a retirada do defensor público do seu ofício ou núcleo, p. ex., de execução penal, para lotá-lo num ofício ou núcleo de atuação na área de família. Veja-se, portanto, que a inamovibilidade não se dá apenas na localidade, estendendo-se também para o órgão funcional ocupado pelo defensor público (grifo do autor).

Por outro lado, a compreensão da inamovibilidade deve ser ampla, não se limitando apenas a uma perspectiva geográfica ou funcional, estando também associada às atribuições destinadas aos defensores públicos, afinal para que ocorra a diminuição ou o aumento das tarefas regularmente praticadas por tais membros, bem como a possibilidade de promoção na carreira, faz-se necessário o seu devido consentimento, sob pena de macular tal garantia. Nesse sentido é a lição de Esteves e Silva (2018, p. 633):

A inamovibilidade [...] pretende preservar as características intrínsecas do órgão de atuação, evitando que o conjunto de atribuições a serem desempenhadas pelo membro da Defensoria Pública seja suprimido ou esvaziado. Por essa razão, para que ocorra qualquer espécie de exclusão de atribuições de determinado órgão de atuação, deve haver a prévia anuência do membro da Defensoria Pública. Além disso, o acréscimo de atribuições não pode ser utilizado como instrumento para sufocar o trabalho do Defensor Público, prejudicando sua atuação em determinadas áreas sensíveis ou forçando-o a requerer a remoção voluntária. Dentro da mesma lógica funcional, não pode o Defensor Público ser involuntariamente retirado das atribuições de determinado órgão de atuação em virtude de eventual promoção na carreira. Se essa hipótese fosse admitida, estaria aberta a possibilidade de violação maquiada da garantia da inamovibilidade, pois o membro da Defensoria Pública poderia ser

involuntariamente afastado de suas atribuições por força da elevação à categoria superior na carreira; seria uma espécie de punição disfarçada de prêmio.

No que se refere à irredutibilidade de vencimentos, tal garantia possui previsão constitucional, destinando-se a todos aqueles que ocupam cargos e empregos públicos, e legal, constando expressamente na LC nº 80/94 que trata especificamente acerca da Defensoria Pública e tem como premissa que o defensor público não pode sofrer qualquer redução no seu subsídio remuneratório, à exceção de descontos tributários ou previdenciários e daqueles decorrentes de decisões judiciais.

O que essa garantia busca resguardar é que o defensor público receba o montante a que faz jus, correspondente ao serviço por ele prestado, com base unicamente nos preceitos constitucional e legalmente existentes, impedindo que haja qualquer cerceamento na sua liberdade profissional praticado por meio de intimidações que envolvam qualquer tipo de restrição financeira, conforme se denota a seguir:

O postulado constitucional da irredutibilidade de vencimentos traduz modalidade qualificada e específica da garantia constitucional do direito adquirido, assegurando ao membro da Defensoria Pública a preservação do montante global remuneratório até então percebido [...] Essa especial proteção de caráter financeiro busca preservar a plena liberdade de atuação do Defensor Público na defesa dos interesses dos necessitados, prevenindo a ocorrência de coações econômicas e de retaliações pecuniárias, por conta do natural afrontamento aos interesses dos detentores dos cargos políticos e dos grandes empresários que financiaram suas campanhas eleitorais (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 651).

A estabilidade também é garantia institucional dos defensores públicos, assim como de todos os servidores que ingressam nos seus respectivos cargos através de concurso público, reconhecida em âmbito constitucional e na LC nº 80/94, com exceção dos membros da magistratura, do Ministério Público e dos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, aos quais é destinada a garantia da vitaliciedade.

Conforme previsto no artigo 41, "caput", da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), "são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para

cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”, marcando assim uma exigência temporal para que tais membros possam adquirir a referida garantia. Ademais, para que seja reconhecida a estabilidade, é necessária a realização de uma avaliação especial por comissão que analisará o desempenho daqueles que ingressaram no serviço público.

Uma vez atingida a estabilidade, o defensor público somente poderá perder seu cargo em três situações excepcionais, decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar ou realização de avaliação periódica de desempenho, sendo-lhe assegurada a ampla defesa durante todo o trâmite dos respectivos procedimentos e, em ocorrendo eventual demissão indevida, deverá o mesmo ser reintegrado ao cargo de origem.

Por fim, Esteves e Silva (2018, p. 657) tratam sobre a legitimidade tanto da Defensoria Pública quanto dos seus membros para promover a defesa judicial em caso de violações das garantias institucionais ao afirmarem que:

Sem dúvida alguma, o Defensor Público, em nome próprio, se encontra autorizado a buscar a tutela jurisdicional no caso de violação das garantias que lhe são inerentes. Além disso, a própria Defensoria Pública, institucionalmente considerada, poderá pleitear a defesa judicial das garantias, seja quando a violação atingir globalmente a entidade, ou quando focalizar indivíduo determinado. Afinal, sendo a Defensoria Pública una e indivisível, o injusto praticado contra um de seus membros representa ameaça contra todos os demais, emergindo o interesse institucional em assegurar o respeito incondicional e irrestrito às garantias.

Desse modo, as garantias institucionais compõem o alicerce jurídico protetivo direcionado aos defensores públicos que necessitam de tais mecanismos para exercer de forma plena e independente as funções que lhe são incumbidas a fim de promover a máxima e efetiva assistência jurídica integral e gratuita àqueles que apresentam situação de hipossuficiência, necessitando da tutela estatal para a manutenção dos seus direitos e a cessação de eventuais ofensas sofridas.

## **2.2 – Atribuições da Defensoria da Defensoria Pública e sua Dimensão de Garantia Institucional**



O surgimento da Defensoria Pública, decorrente da nova ordem constitucional, marca o início do processo de garantia isonômica do direito de acesso à justiça de forma integral e gratuita a todos os indivíduos que necessitem do auxílio estatal para solucionar litígios afetos a questões individuais ou coletivas que se manifestem diante das relações em sociedade, configurando verdadeiro direito fundamental social ou direito de segunda dimensão.

Sabendo que o acesso à justiça salvaguarda a própria dignidade da pessoa humana, Mauro Cappelletti e Bryan Garth desenvolveram emblemático estudo acerca do tema, estabelecendo três ondas renovatórias de acesso à justiça, sendo elas, respectivamente, a assistência judiciária para os pobres, a representação dos direitos difusos e a representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça voltada para os métodos alternativos de solução de conflitos.

Nas lições constantes em sua obra “Acesso à Justiça”, Cappelletti e Garth (2002, p. 5) afirmam que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Assim, dentro do cenário jurídico nacional, a efetivação desse direito decorre da atuação delegada à Defensoria Pública que, ao atuar em todas as ondas renovatórias, exerce papel fundamental na sua concretização, conforme se denota a seguir:

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12).

No Brasil, a garantia do acesso à justiça consta do texto originário da Constituição Federal ao prescrever que a atuação da Defensoria Pública se destina àqueles indivíduos dotados de carência econômica, cuja situação de insuficiência financeira inviabiliza o acionamento do Poder Judiciário para tutelar direitos e garantias violados ou ameaçados de sofrer qualquer tipo de interferência. Entretanto, ao longo dos anos, a busca pela efetivação da igualdade material desse direito social ensejou uma significativa ampliação

das funções inerentes à atividade defensorial com o intuito de amparar aqueles que, a despeito de possuírem boa situação financeira, são expostos a outras situações de vulnerabilidade.

Diante disso, a depender da situação de vulnerabilidade em que se encontra aquele sujeito que pleiteia a assistência jurídica perante a instituição, é possível dizer que a atuação da Defensoria Pública é analisada sob duas perspectivas, uma tradicional, que se vincula à análise da condição econômica do indivíduo, enquadrando-se estritamente ao texto constitucional, e uma moderna, proveniente de contextos que se distanciam da questão meramente econômico-financeira e se aproximam de questões sociais, organizacionais ou culturais, conforme será explanado nos tópicos que seguem.

### ***2.2.1 – Tradicional Compreensão das Atribuições***

Inicialmente, faz-se necessário pontuar que, em que pese a doutrina, em regra, estabeleça uma divisão entre atribuições típicas e atípicas da Defensoria Pública, essa classificação não se mostra de todo adequada, haja vista reproduzir uma ideia limitada e, em certa medida, conservadora acerca da atuação defensorial, haja vista dar ensejo a uma secundarização das funções que não estão diretamente associadas à questão da hipossuficiência econômica dos seus assistidos, enquanto, na verdade, todas as frentes em que a Defensoria Pública trabalha possuem a mesma relevância, razão pela qual a divisão entre atribuições tradicionais e modernas da instituição está mais alinhada com a sua atividade.

A Defensoria Pública tem como função tradicional a prestação de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que carecem de recursos econômicos. Tal atribuição decorre de uma interpretação literal da Constituição Federal que reconhece como necessitados aqueles que comprovadamente não possuem condições de arcar com as despesas processuais, garantindo-lhes isonomia e amplo acesso à justiça na busca da defesa de seus direitos.

Nessa senda, Lima (2015, p. 174) assevera que para conceituar essa função destinada à Defensoria Pública é necessário analisar tão somente a questão financeira do indivíduo que pleiteia o suporte jurídico da instituição, independentemente de qualquer outra análise pessoal, social ou circunstancial, destacando que:

Desimportante a espécie de assistência a ser prestada, se judicial ou extrajudicial, tampouco se ela se restringe à consultoria jurídica ou à intervenção nas instâncias administrativas. Desde que haja carência de recursos materiais, a Defensoria Pública está apta a intervir.

Desse modo, a Defensoria Pública exercerá essa atribuição quando estiver tutelando direitos titularizados por indivíduos a cuja hipossuficiência se restringe à situação econômico-financeira, sendo irrelevante analisar se ela será desempenhada na seara jurídica ou administrativa ou ainda se ocorrerá no âmbito endoprocessual ou extraprocessual (ESTEVEES; SILVA, 2018, p. 389).

Para a concessão da assistência jurídica gratuita é necessário averiguar o estado de carência dos pretensos assistidos, a ser realizado pessoalmente pelo defensor público em atendimento inicial na própria Defensoria Pública. Tal procedimento ocorre em âmbito administrativo, pelo órgão de execução da Defensoria Pública a partir de análise documental que comprove a condição financeira do indivíduo que pleiteia os seus serviços para, enfim, concluir pelo deferimento ou indeferimento da prestação de assistência jurídica, visando legitimar a finalidade precípua da instituição, conforme se denota a seguir:

Por constituir instituto administrativo, o reconhecimento do direito à assistência jurídica estatal gratuita deverá ser realizado de maneira exclusiva pelo Defensor Público com atribuição para efetuar o atendimento da parte necessitada. De acordo com o art. 4º, § 8º, da LC nº 80/1994, sempre que o Defensor Público entender não haver hipótese de atuação institucional, deverá officiar o Defensor Público Geral para que seja exercido o controle de legalidade sobre sua decisão funcional de abstenção, podendo o chefe da Instituição, se for o caso, indicar outro Defensor para atuar na defesa dos interesses do hipossuficiente e, ainda, instaurar procedimento disciplinar contra aquele que se recusou a prestar o atendimento devido, quando evidenciada possível desídia (ESTEVEES; SILVA, 2018, p. 167).

Oportuno mencionar também que, no âmbito de algumas leis orgânicas ou em normas institucionais internas das Defensorias Públicas, são estabelecidas presunções objetivas para identificar aqueles que se encontram em estado de insuficiência econômica, exemplo de limites máximos de renda pessoal ou familiar, como é o caso da

Resolução nº 134/16210 da Defensoria Pública da União e da Resolução nº 140/15211 da Defensoria Pública do Distrito Federal.

Por outro lado, no que se refere a tais limitações acima mencionadas, Esteves e Silva (2018, p. 302) advertem que elas não devem ser encaradas de forma absoluta, pois, a depender do caso em concreto, mesmo que a situação do indivíduo não seja de carência econômica, pode ser identificado algum cenário de vulnerabilidade diversa que justifique a assistência por meio da Defensoria Pública:

[...] Os parâmetros traçados pelas legislações estaduais e pelas normas institucionais internas não designam limites econômicos para o reconhecimento do direito à assistência jurídica gratuita. Na verdade, esses parâmetros objetivos indicam presunções objetivas de elegibilidade, sendo automaticamente considerado titular do direito à assistência jurídica gratuita todo aquele que se enquadrar no patamar econômico estabelecido pela norma. Para aqueles que estiverem fora do parâmetro objetivo, entretanto, apenas será reconhecido o direito à assistência jurídica gratuita quando o membro da Defensoria Pública identificar, pela análise do caso concreto, que a parte não possui condições de arcar com o pagamento de honorários advocatícios sem prejudicar o acesso às necessidades vitais básicas inerentes à dignidade humana.

Ademais, necessário destacar que, ainda que seja deferida a assistência jurídica gratuita, cabe ao defensor público acompanhar permanentemente a situação financeira dos seus assistidos, tendo em vista que uma vez constatada uma ascensão econômica

---

210 Art. 1º. O valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita, na forma do art. 2º da Resolução CSDPU 133/2016, será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

211 Art. 1º. Considera-se hipossuficiente, nos termos da lei, a pessoa natural que não possua condições econômicas de contratação de advogado particular sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

§ 1º Presume-se a hipossuficiência de recursos de quem, cumulativamente: I – aufera renda familiar mensal não superior a 05 (cinco) salários mínimos;

II - não possua recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 20 (vinte) salários mínimos;

III - não seja proprietário, titular de direito à aquisição, usufrutuário ou possuidor a qualquer título de mais de 01 (um) imóvel.

§ 2º Considera-se renda familiar a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros civilmente capazes da entidade familiar, excluindo-se os valores pagos a título de contribuição previdenciária oficial e imposto de renda.

que retire a sua condição de hipossuficiência, já não fará mais jus aos serviços da instituição, caso contrário revelaria enriquecimento ilícito, além de prejudicar aqueles que, de fato, não dispõem de viabilidade financeira, conforme leciona Lima (2015, p. 185):

Como a condição financeira é aspecto fundamental para que se usufrua da assistência jurídica integral e gratuita, é natural que a mudança posterior do estado financeiro faça decair a fruição de tal direito. A possibilidade de obtenção da assistência gratuita visa primordialmente a concretizar o princípio da isonomia, igualando juridicamente aqueles que não detêm aptidão financeira para contratar advogado. Desta forma, a partir do momento em que o assistido hipossuficiente passa a apresentar renda que o capacita a constituir um profissional liberal, o auxílio do Estado deve cessar, pois perde o seu fundamento, a sua razão de ser.

Por outro lado, parte da doutrina defende que a EC nº 80/14 trouxe uma visão moderna acerca das funções tipicamente institucionais, legitimando a sua atuação na defesa não só de direitos individuais daqueles que carecem de aporte econômico, mas também dos direitos humanos e transindividuais e da garantia da ordem democrática. Destarte, pontuam Esteves e Silva (2018, p. 390):

[...] A interpretação do texto constitucional pós EC nº 80/2014 conduz à conclusão de que as funções típicas não mais se resumem unicamente à assistência jurídica integral e gratuita prestada aos economicamente necessitados. Tendo a Constituição Federal passado a prever outras funções institucionais no *caput* do art. 134, devem elas ser também consideradas funções modernamente típicas. Com isso, a promoção de direitos humanos, a tutela coletiva e a garantia do regime democrático passam a integrar o rol de funções modernamente típicas, por derivarem diretamente do art. 134, *caput*, da CRFB.

Assim, não obstante no campo doutrinário as atribuições da Defensoria Pública sejam reconhecidas de forma mais ampla, o entendimento mais limitado defende que a atuação defensorial não prescinde de carência econômica para viabilizar a assistência jurídica integral e gratuita, partindo do conceito de necessitado em sentido estrito que,

decorrendo da interpretação tradicionalmente restrita, segue apenas o mínimo constitucional.

### **2.2.2– Moderna Compreensão das Atribuições**

A partir da análise literal do texto constitucional é possível adotar uma percepção de atuação da Defensoria Pública voltada para amparar aqueles que se enquadram na definição de hipossuficientes financeiros. No entanto, o contexto social contemporâneo demonstra que as necessidades humanas nem sempre têm relação com a incapacidade financeira, podendo estar associadas a múltiplas vulnerabilidades que, vitimando o indivíduo, o colocam em situações de hipossuficiência que não a econômica.

Com efeito, a ideia de pessoas necessitadas trazida pela Constituição Federal e reiterada pela LC nº 80/94 deve compreender a vulnerabilidade em seu sentido mais abrangente, razão pela qual a atuação institucional da Defensoria Pública não pode ser motivada unicamente pela insuficiência de recursos financeiros, devendo ser valorizada também a tutela de direitos em razão da vulnerabilidade coletiva, organizacional, social, cultural, processual e, até mesmo, ambiental, entendimento endossado pelo STF no bojo da ADI 4636:

A bem da verdade, examinando o projeto constitucional de resguardo dos direitos humanos, podemos dizer que a Defensoria Pública é verdadeiro *ombudsman*, que deve zelar pela concretização do estado democrático de direito, promoção dos direitos humanos e defesa dos necessitados, visto tal conceito da forma mais ampla possível, tudo como o objetivo de dissipar, tanto quanto possível, as desigualdades do Brasil, hoje quase perenes (grifo do autor) (BRASIL, 2020, *online*).

Partindo de uma interpretação extensiva e teleológica acerca das atribuições da Defensoria Pública, pode-se dizer que o artigo 5º, LXXIV, da CF/88 ao afirmar que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988, *online*), indica que a insuficiência de recursos deve ser lida sob um referencial amplo, englobando as múltiplas carências de subsídios para a defesa das demandas dos seus assistidos, afastando, portanto, qualquer interpretação que se limite à análise apenas das limitações advindas do fator econômico.

Sob esse parâmetro das atribuições da Defensoria Pública a partir de uma perspectiva lato sensu de tutela de vulnerabilidades do indivíduo, Esteves e Silva (2018,

p. 389) afirmam que “o termo ‘necessitados’ (art. 134 da CRFB) deve ser compreendido como verdadeira chave hermenêutica, capaz de englobar toda a amplitude do fenômeno da carência, em suas diversas concepções”.

Corroborando esse entendimento, no âmbito do direito internacional, as 100 Regras de Brasília, que tratam sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, trazem a definição de pessoa vulnerável (regra nº 3), bem como elencam algumas situações que podem retratar causas de vulnerabilidade (regra nº 4), conforme se detona a seguir:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico (BRASIL, 2008, *online*).

Nesse contexto, o rol de funções institucionais da Defensoria Pública elencado na LC nº 80/94 recebeu significativa ampliação com o advento da lei complementar nº 132/09 (LC nº 132/09), passando a legitimar de forma expressa a atuação da instituição para a defesa de questões sensíveis e urgentes dentro do cenário político-social brasileiro que necessitam permanentemente de mecanismos para sua proteção, delimitando novas atribuições a serem exercidas pela instituição, podendo citar como exemplo o seu artigo 4º, incisos VII, X, XI e XVI:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos,

coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

[...]

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;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

[...]

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei (BRASIL, 1994, *online*).

Se denota do dispositivo supramencionado que as atribuições destinadas à Defensoria Pública confirmam sua essencialidade dentro da ordem jurídica nacional, na medida em que lhe destina competências fundamentais para a proteção e manutenção da ordem social, resguardando direitos e combatendo eventuais violações sofridas por indivíduos ou pela coletividade que se encontrem em situação de vulnerabilidade, conforme asseveram Esteves e Silva (2018, p. 389):

[...] O sistema jurídico e a realidade social contemporânea demonstram que a necessidade nem sempre se encontra relacionada à incapacidade econômica. Muitas vezes, a necessidade pode ser ocasionada por vulnerabilidades diversas (organizacional, etária, processual, episódica etc.). Esse caráter multifacetário da carência pode ser identificado, por exemplo, no caso da defesa do réu sem advogado na área criminal, na atuação da curadoria especial na área cível e na tutela dos interesses coletivos *lato sensu* (grifo do autor).

Assim, diante das múltiplas vulnerabilidades que se apresentam no contexto da sociedade brasileira, algumas ganham destaque dentro da seara de atuação da



Defensoria Pública, entre elas as vulnerabilidades processual e organizacional que, somadas à insuficiência econômica, representam pautas cada vez mais relevantes para o debate acerca da proteção dos indivíduos.

A vulnerabilidade processual decorre da ausência de orientação e representação de determinada parte no curso do processo judicial, por meio de um profissional capacitado para tanto, revelando situação de desamparo jurídico e, muitas vezes, de obstacularização do exercício da ampla defesa e do contraditório. Diante desse cenário, tal vulnerabilidade constitui, segundo Esteves e Silva (2018, p. 308) “critério legitimador de tratamento diferenciado entre as partes, de modo a reequilibrar a disparidade de armas e restabelecer a isonomia processual”. Nesse mesmo sentido é a lição de Tartuce (2016, *online*):

A vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.

Desse modo, Lima (2015, p. 202-207) assevera que no curso do processo podem surgir diversos entraves que limitem ou impeçam o pleno uso dos mecanismos jurídico-processuais garantidores da máxima efetividade na defesa dos interesses das partes litigantes e, visando combater tais adversidades, atribui-se à Defensoria Pública as funções de curadora especial e da sua atuação obrigatória na defesa técnica no âmbito criminal, conforme previsão do Código de Processo Penal. Nesse âmbito, o mesmo autor também destaca que:

A necessidade de comprovação prévia da insuficiência financeira é, evidentemente, pressuposto fundamental para deflagrar a atuação da Defensoria Pública em favor do cidadão economicamente hipossuficiente. É, à evidência, um componente do universo jurídico das tutelas individuais. Mas não é só isso. A especificidade deste requisito se restringe às funções típicas da Defensoria Pública. A comprovação da necessidade econômica não é reclamada para o exercício das denominadas atribuições atípicas, a exemplo das sempre lembradas curadoria especial e defesa técnica no processo penal. Nestes casos, o que legitima a

Defensoria Pública é a necessidade jurídica - e não a econômica (LIMA, 2015, p. 245).

No que se refere à vulnerabilidade organizacional, Grinover (1996, p. 116) define que “são carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea”, assim como a doutrina de Tartuce (2016, *online*) a define do seguinte modo:

Por fim, pode ser constatada a vulnerabilidade organizacional: tal suscetibilidade acomete a pessoa que não consegue mobilizar seus recursos e estruturas para sua própria organização pessoal, encontrando restrições logísticas para sua atuação. Como exemplos, considere o comprometimento da atuação dos indivíduos que não têm casa e/ou foram dela despejados e as limitações tecnológicas decorrentes da exclusão digital.

Portanto, essa vulnerabilidade está relacionada a diversas situações às quais os indivíduos são submetidos dentro das relações sociais hodiernas, inserindo-os em um quadro de insegurança jurídica relacionada, por exemplo, a questões envolvendo direitos dos consumidores e de usuários de serviços públicos ou ainda daqueles que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, à educação, ao meio ambiente, refletindo tanto a necessidade de se tutelar direitos individuais quanto coletivos.

Nessa senda, destaca-se a atividade da Defensoria Pública como curadora especial em prol daqueles que estão em situação de vulnerabilidade representa uma função exclusiva, de significativa relevância dentro do cenário de atribuições destinadas à instituição para a proteção de direitos de incapazes que não tiverem representante legal ou que com este apresentarem conflito de interesses, bem como de réu preso revel ou réu revel citado por edital ou com hora certa, principalmente após o advento do CPC/15, corroborando a previsão já existente na LC nº 80/94.

A curadoria especial voltada aos incapazes ocorre independentemente do tipo de incapacidade apresentada e de qual polo ocupa o assistido dentro da relação processual, tendo em vista que os requisitos legalmente exigidos são a inexistência de representante legal ou, a despeito de sua presença, os interesses entre eles sejam colidentes.

Já em relação aos réus presos e ao réu revel citado por edital ou por hora certa, a curatela especial tem por objetivo garantir o contraditório e à ampla defesa por meio da prestação da assistência jurídica e do exercício de representação perante o Poder

Judiciário àqueles que estão com sua liberdade de locomoção cerceada ou que, em razão das citações fictas, não se sabe se efetivamente tomaram ciência do processo para apresentarem defesa.

Por outro lado, encerra-se a curadoria especial quando não mais existir o fato gerador que ensejou a sua atuação, ou seja, no caso do incapaz, a curatela será extinta a partir do momento em que o assistido se tornar plenamente capaz, passar a ter representante legal ou sanar as divergências de interesses com o seu representante, enquanto no caso do preso revel, cessará apenas quando ele adquirir a liberdade, haja vista que o curador especial atuará a fim de preservar os direitos do indivíduo, mesmo após a constituição de advogado, por meio da fiscalização das atividades do seu patrono e, quanto ao réu revel citado por edital ou por hora certa, cessará a curatela quando efetivamente for constituído advogado nos autos do processo judicial.

Ressalte-se que incumbe aos membros da Defensoria Pública analisar o caso concreto a fim de verificar se reflete uma situação que reclame a curatela especial, cabendo ao magistrado, quando se deparar com esse contexto, tão somente determinar a abertura de vista à instituição, pois não se admite que ele profira decisão nomeando diretamente o órgão para exercer esse *múnus*, pois tal investidura decorre de lei expressa. Caso o defensor público entenda não configurar hipótese de curadoria especial, deverá dar imediata ciência ao Defensor Público-Geral que decidirá a controvérsia indicando, se necessário, um defensor diverso para atuar no feito, conforme dispõe a LC nº 80/94.

Por fim, não obstante o entendimento majoritário seja pelo reconhecimento da curadoria especial como uma atividade atípica da Defensoria Pública, em razão da sua finalidade não estar diretamente vinculada ao aspecto financeiro, há parcela da doutrina que critica tal posicionamento por compreender que essa é uma atividade típica da instituição, a ela inerente para fins de proteção dos direitos dos necessitados, sendo, inclusive, atribuída a ela o exercício de tal função em caráter exclusivo, conforme previsão expressa do CPC/15. Nesse sentido é a lição de Rocha (2013, p. 135):

Além disso, considerar algo atípico é o mesmo que dizer que é contrário a sua natureza, que não lhe pertence, que lhe é alheio porquanto não exista qualquer função institucional da Defensoria que lhe seja estranha, todas têm um significado sistêmico e facilmente compreendido quando se compreende a natureza da instituição, mesmo as que têm sido consideradas 'atípicas', como a de atuar como curador especial.

Válido destacar ainda que a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública não se restringe apenas à tutela de direitos individuais, posto que, em decorrência de previsão constitucional, é sua também a atribuição de proteger todas as espécies de direitos fundamentais e de direitos humanos, estando incluídos os direitos transindividuais e, assim sendo, notadamente após a EC nº 80/14 que alterou o caput do artigo 134, da CF/88, para prever que cabe à instituição “a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (BRASIL, 1988, *online*).

Portanto, sendo da Defensoria Pública a atribuição para tutelar e promover todos os direitos de seus assistidos, sejam eles individuais, difusos ou coletivos, a fim de concretizá-los com a máxima efetividade, é reconhecida à instituição a atribuição para ajuizar Ação Civil Pública (ACP) a fim de atuar na defesa de direitos coletivos, em prol daqueles que estão em situação de hipossuficiência organizacional.

Tal legitimidade decorre diretamente da LC nº 80/94, após as alterações promovidas pela LC nº 132/09, bem como da lei nº 7.347/85 (lei de Ação Civil Pública), que traz expressamente a legitimidade da Defensoria Pública para sua propositura, e foi corroborada no bojo da ADI 3943, na qual, destaque-se:

[...] No exercício de sua atribuição constitucional, seria necessário averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública. Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública — conforme determina a Lei 7.347/1985 — não seria condizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da CF. Se não fosse suficiente a ausência de vedação constitucional da atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva de direitos, inexistiria também, na Constituição, norma a assegurar exclusividade, em favor do Ministério Público, para o ajuizamento de ação civil pública. Por fim, a ausência de demonstração de conflitos de ordem objetiva decorrente da atuação dessas duas instituições igualmente essenciais à justiça — Defensoria Pública e Ministério Público — demonstraria inexistir prejuízo institucional para a segunda, menos ainda para os integrantes da Associação autora. ADI 3943/DF,

rel. Min. Cármen Lúcia, 6 e 7.5.2015. (ADI-3943) (BRASIL, 2015, *online*).

Desse modo, conclui-se que a relevância da atuação da Defensoria Pública no Estado democrático de direito brasileiro, reconhecida tanto pela sociedade quanto pelo ordenamento jurídico pátrio, extrapola a órbita da mera assistência jurídica aos hipossuficientes econômicos, sendo também sua a atribuição de garantir suporte profissional àqueles indivíduos que, embora apresentem condições financeiras estáveis, encontrem-se em situação de vulnerabilidade jurídica ou organizacional frente a particulares ou ao Estado, necessitando do suporte institucional para a defesa, promoção e efetivação dos seus direitos tanto na seara judicial quanto extrajudicial.

### **2.3 A Autonomia da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e da União**

Sendo a Defensoria Pública uma instituição que se insere no conjunto normativo básico de conformação do Estado democrático de direito brasileiro, a sua estruturação como órgão essencial à justiça demanda o reconhecimento de certas prerrogativas para que a sua atividade precípua possa ser exercida de forma plena, preservando-se a idoneidade de uma atuação livre e resguardando-a contra ingerências externas, sejam elas políticas, administrativas ou financeiras.

Notadamente, para que o efetivo desempenho institucional seja garantido, a Defensoria Pública demanda a autonomia das suas funções, a fim de garantir que o seu objetivo fundamental de proteção dos necessitados não seja maculado por motivações ou interesses paralelos. Diante disso, faz-se necessário aprofundar o estudo acerca das Emendas Constitucionais que alteraram o texto originário da Constituição Federal conferindo a autonomia funcional, administrativa e financeira à instituição em todos os níveis da Federação.

#### **2.3.1 – A Autonomia das Defensorias Públicas a partir das Emendas Constitucionais nº 45/04, 69/12 e 74/13**

No ano de 2004, o Congresso Nacional aprovou e promulgou a Emenda Constitucional nº 45/04 promovendo significativas alterações na Lei Maior a fim de reformar a estrutura e a organização do Poder Judiciário. Mencionada Emenda também produziu relevante impacto no âmbito da Defensoria Pública ao atribuir expressamente às Defensorias Públicas dos Estados autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária, reafirmando sua característica de instituição extra poder, conforme segue:

Art. 134. [...]

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º (BRASIL, 1988, *online*).

Pela literalidade do dispositivo acima denota-se que, inicialmente, o reconhecimento da autonomia destinou-se apenas às instituições de âmbito estadual, não se incluindo as Defensorias Públicas do Distrito Federal e da União, revelando um vício constitucional marcado pela mácula ao princípio da unidade, que veio a ser sanado em momento posterior por meio da elaboração de duas novas Emendas Constitucionais. A EC nº 45/04 deu início, portanto, ao processo de constitucionalização da autonomia administrativa, funcional e financeira da Defensoria Pública, o qual, sequencialmente, foi estendido à DPDF e por último à DPU.

Tendo em vista a omissão do poder constituinte originário em atribuir à Defensoria Pública a sua autonomia, estabelecendo uma disparidade em relação aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, essa sempre foi uma pauta bastante discutida e contestada por aqueles que integram o órgão defensorial. Essa ausência de previsão normativo-constitucional expressa, por outro lado, não impediu que alguns Estados da federação, ao elaborarem leis complementares dispendo acerca da organização das suas respectivas Defensorias Públicas atribuíssem autonomia ao órgão.

A promulgação de tais legislações infraconstitucionais ensejou o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) postulando a declaração de sua inconstitucionalidade por encontrarem-se em desconformidade com o texto da Lei Maior haja vista a sua omissão sobre a questão. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou o tema nas ADI's 494/MT e 575/PI, propostas antes mesmo da promulgação da EC nº 45/04, tendo sido a primeira extinta sem julgamento de mérito, por perda do objeto, em decorrência da revogação da norma em questão, enquanto a segunda declarou materialmente inconstitucional a lei estadual por violar o pacto federativo, conforme magistra Lima (2015, p. 103):

A **primeira (ADI 494/MT)** contava com dois votos favoráveis à constitucionalidade da concessão de autonomia funcional e administrativa quando a Lei Complementar 7/1990 do Estado do Mato Grosso foi revogada. A ADI foi julgada prejudicada por perda do objeto. [...] Na **segunda (ADI 575/PI)** o STF pronunciou-se

conclusivamente no sentido de acolher a tese de inconstitucionalidade da legislação estadual, uma vez que desobedecera o modelo federal instituído para a Defensoria Pública (grifo do autor).

Obsta pontuar, no entanto, que no bojo da ADI 494/MT os dois votos proferidos que se manifestaram pela constitucionalidade da norma apontaram como argumento o fato de que o mero silêncio dos constituintes originários sobre a autonomia da Defensoria Pública não poderia servir como base para invalidar a norma infraconstitucional, nos termos que segue:

O Tribunal retomou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Lei Complementar 7/90, do Estado do Mato Grosso, que organiza a Defensoria Pública do mesmo Estado - v. Informativo 97. O Min. Nelson Jobim, presidente, em voto-vista, acompanhou o voto do relator, que, analisando a arguição de inconstitucionalidade quanto ao art. 5º da lei impugnada ('A Defensoria Pública é instituição com autonomia funcional e administrativa. '), julgou improcedente o pedido formulado por entender que o silêncio da CF sobre a autonomia funcional e administrativa da Defensoria Pública não acarreta a inconstitucionalidade da lei que a estabelecer. O julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. ADI 494/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 29.3.2006. (ADI-494) (BRASIL, 2006, *online*).

Outrossim, a disparidade no tratamento entre as esferas da mesma instituição, iniciada após a EC nº 45/04, deu ensejo a severas críticas e fez surgir grande movimentação no cenário jurídico pela defesa da equiparação da autonomia às Defensorias Públicas de todos os entes federativos, apontando como fundamento a proteção ao princípio da isonomia e ao princípio institucional da unidade, conforme lição de Menezes (2019, p. 7):

Além do fundamento infraconstitucional (art. 3º da Lei Complementar nº 80/94), o princípio institucional da unidade tem sede constitucional no próprio *caput* do artigo 134 da Constituição

Federal, uma vez que tal norma, emanada do poder constituinte originário, reza, no singular: '*A Defensoria Pública é instituição...*'. Daí decorre que o parágrafo inserido no art. 134 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no sentido de conferir autonomia financeira e orçamentária apenas às Defensorias Públicas Estaduais e não à Defensoria Pública da União e à Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, em expressa contrariedade ao *caput* do art. 134 da CRFB/88, deve ser considerado inconstitucional em sua interpretação literal, devendo ser feita interpretação conforme, ampliando o alcance do dispositivo, para conferir tal autonomia à Instituição como um todo (grifo do autor).

Por essa razão, a Associação Nacional dos Defensores Públicos da União (ANDPU) ajuizou a ADI 4.282/DF - que ainda se encontra pendente de julgamento - requerendo a interpretação conforme do artigo 134, §2º, da Constituição Federal a fim de ampliar o reconhecimento da autonomia das Defensorias Estaduais trazido pela EC nº 45/04 à DPDF e à DPU.

Diante desse contexto, o reconhecimento da autonomia da Defensoria Pública do Distrito Federal se deu por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 69/12 (EC nº 69/12) (BRASIL, 2012, *online*) que determinou a aplicação dos princípios e regras destinados às instituições estaduais ao órgão distrital, ao dispor que "sem prejuízo dos preceitos estabelecidos na Lei Orgânica do Distrito Federal, aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados" ensejando a ampliação da incidência subjetiva do artigo 134, § 2º, da *Lex Mater* e equiparando ambas as instituições quanto à aplicação de seu sistema normativo.

Oportuno salientar que, até 2012, a DPDF era vinculada à União, conforme previsão expressa do artigo 52, da LC nº 80/94 (BRASIL, 1994, *online*) nos seguintes termos "a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios é organizada e mantida pela União" e funcionava como "Centro de Assistência Judiciária – CEAJUR". Entretanto, a partir da EC nº 69/12, houve a transferência da União para o Distrito Federal das atribuições para organizar e manter a DPDF, dando ensejo, de fato, à estruturação e consolidação da instituição nos moldes legalmente previstos.

Já no âmbito federal, a Defensoria Pública da União teve assegurada a sua autonomia funcional, administrativa e financeira com o advento da Emenda Constitucional nº 74/13 (EC nº 74/13) que incluiu o §3º ao artigo 134 da Carta Magna, o qual determina que "aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do



Distrito Federal”. Tal reconhecimento constitucional ocorreu após um período de grande mobilização por parte dos membros integrantes da instituição reivindicando tal direito e, ao lograrem êxito, deram ensejo, enfim, ao alcance da isonomia entre todas as Defensorias Públicas da federação.

Conforme lição de Esteves e Silva (2018, p. 72), após a promulgação da EC nº 74/13, a Presidência da República propôs a ADI 5296/DF postulando pela declaração da sua inconstitucionalidade sob o argumento de que a mencionada emenda estava eivada de vício formal haja vista ter sido decorrente de proposta emanada do Poder Legislativo, o qual não detém legitimidade para dispor sobre servidores públicos da União e Territórios, por ser essa uma atribuição privativa do chefe do executivo federal, bem como tal conduta teria violado a cláusula pétrea da separação dos poderes.

No entanto, no bojo desta ADI, o STF, em sede de decisão cautelar, ratificou a constitucionalidade não somente da EC nº 74/13, mas também da EC nº 80/14, confirmando a legitimidade da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública da União. No caso, o STF entendeu que, no plano federal, a sujeição do Poder Constituinte Derivado Reformador à cláusula de reserva de iniciativa de leis pelo Chefe do Executivo, prevista no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal, não se aplica ao processo de emenda à Constituição Federal, sendo plenamente admissível que o Poder Legislativo também apresente propostas de emenda à Constituição de forma complementar e ordinária.

Assim, tendo em vista os inúmeros julgados enfrentados pela Corte Suprema brasileira, tem-se que o entendimento que prevalece é no sentido de corroborar o pleito da instituição, a fim de reconhecer a concessão de um tratamento isonômico no âmbito da autonomia das Defensorias Públicas em todos os entes da federação, tornando oportuno adentrar na seara das diversas autonomias a que fazem jus, abordando suas especificidades.

A autonomia funcional está relacionada com a capacidade da Defensoria Pública de atuar com plena liberdade, sem sofrer ingerências praticadas por órgãos alheios à instituição, haja vista que sua vinculação se restringe tão somente aos comandos do ordenamento jurídico, notadamente da Constituição Federal e da LC nº 80/94. A autonomia administrativa, por seu turno, refere-se à auto-organização, à prática dos atos de gestão de seus recursos e controle das atividades dos seus membros, a fim de cumprir seus objetivos institucionais de forma independente, consoante asseveram Esteves e Silva (2018, p. 76):

A autonomia administrativa permite à Defensoria Pública praticar, de maneira independente e livre da influência dos demais Poderes Estatais, atos próprios de gestão, tais como: adquirir bens e contratar serviços; estabelecer a lotação e a distribuição dos membros da carreira e dos servidores; compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; organizar os serviços auxiliares; praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal; elaborar seus regimentos internos; praticar atos gerais de gestão administrativa, financeira e de pessoal; etc.

Ressalte-se que, atinente à autonomia administrativa das Defensorias Públicas Estaduais, o Supremo Tribunal Federal, no bojo das ADI's 3.569/PE e 3.965/MG, declarou inconstitucionais as leis elaboradas por tais Estados, os quais tinham suas Defensorias vinculadas, respectivamente, à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos e à Secretaria de Estado de Defesa Social, inserindo-as na estrutura do Poder Executivo em nítida ofensa ao texto constitucional.

Quanto à autonomia financeira, está associada à iniciativa de proposta orçamentária, cuja elaboração é de competência exclusiva da própria Defensoria Pública, nos limites estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e tem como fundamento obstar que a instituição sofra pressões econômicas exercidas pelos demais Poderes, podendo gerir suas receitas a fim de atender suas despesas e direcioná-las para a sua efetiva estruturação, organização e manutenção, visando a plena prestação do seu serviço perante a sociedade. Infere-se do texto constitucional o reconhecimento dessa autonomia ao dispor, em seu artigo 168, o que segue:

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988, *online*).

Em que pese a iniciativa para propor leis orçamentárias seja uma atribuição privativa e indelegável do Poder Executivo, a autonomia financeira garantida à Defensoria Pública representa uma exceção à regra. Após a elaboração de sua proposta

orçamentária, o órgão defensorial deve encaminhá-la ao Poder Executivo, que será responsável por consolidá-la, reunindo em um único projeto de Lei Orçamentária, as propostas do Executivo, Judiciário, do MP e da Defensoria, podendo nelas efetuar os ajustes necessários caso estejam em desacordo com os limites estipulados na LDO - mas não pode reduzir de plano as que foram apresentadas - e, ao final, irá enviá-las ao Poder Legislativo a quem cabe deliberar sobre o acolhimento ou não do orçamento proposto.

Nessa senda, oportuno mencionar que o STF julgou a ADI 5.287/PB, proposta em razão de ato do governador do Estado da Paraíba que, por meio da lei 10.437/15, reduziu unilateralmente valores previstos na LOA destinados à Defensoria Pública, em relação ao que a instituição havia proposto inicialmente quando da consolidação da proposta orçamentária enviada ao Poder Legislativo, tendo sido julgada procedente declarando a inconstitucionalidade da lei, sem pronúncia de nulidade apenas quanto à parte em que fixada dotação orçamentária à DPE, em razão da prévia redução unilateral.

Com efeito, em decorrência das Emendas Constitucionais nº 45/04, 69/12 e 74/13 a consolidação do reconhecimento jurídico-constitucional da Defensoria Pública como órgão autônomo ampliou sobremaneira a liberdade no exercício das funções institucionais com vistas à máxima efetividade da defesa dos direitos dos seus assistidos, confirmando a imprescindibilidade de se resguardar uma atuação desvinculada de qualquer elemento que possa provocar entraves ao funcionamento da instituição e da sua atividade-fim de garantia do acesso à justiça para a defesa dos direitos fundamentais de todos os indivíduos em situação de hipossuficiência.

Isto posto, a concessão de autonomia funcional, administrativa e financeira em todas as esferas da Defensoria Pública é medida que fortalece a conformação do órgão na ordem jurídica nacional, proporcionando a valorização do seu papel social e representando uma importante conquista na trajetória de luta por espaço e reconhecimento, consolidando mais uma etapa fundamental no contínuo processo de evolução institucional dentro do Estado democrático de direito.

### **3.A DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL**

Este capítulo terá como núcleo o estudo das garantias inerentes à Defensoria Pública enquanto instituição com assento constitucional, sendo inicialmente apresentado um panorama geral acerca do estudo das garantias, com destaque para a teoria das garantias institucionais de Carl Schmitt que propõe a distinção entre garantias institucionais e garantias do instituto, e de que forma elas se relacionam com a proteção dos direitos fundamentais, para empós adentrar no estudo dos direitos e garantias

fundamentais no cenário jurídico brasileiro, abordando a doutrina nacional acerca do tema e de que maneira estão previstas na Constituição Federal de 1988.

Em seguida se discorrerá a respeito das múltiplas vulnerabilidades que surgem no contexto social brasileiro, acometendo os indivíduos sob diferentes aspectos a depender das circunstâncias às quais são expostos, pois, sendo o Brasil um país diverso e plúrimo, as violações a direitos se manifestam de maneira vasta, desencadeando uma série de consequências danosas para as vítimas e, diante dessa realidade fática, de que modo a atuação estatal por meio da Defensoria Pública se reflete tão importante e essencial para o combate a tais vulnerabilidades e para a proteção humanizada daqueles que estão a elas sujeitos, resguardando seus direitos fundamentais.

Finalmente, analisar-se-á o status de garantia institucional da Defensoria Pública, apresentando os efeitos dessa concepção a ela inerente, a relevância da sua existência dentro do sistema jurídico nacional e como a sua atuação pautada no princípio da máxima efetividade revela-se um meio de promoção, otimização e efetivação dos direitos fundamentais, bem como um mecanismo de vedação do retrocesso social ao mesmo tempo em que busca promover a redução das desigualdades sociais e a garantia do amplo acesso à justiça, consolidando-se como órgão de notável magnitude na conformação do Estado Democrático de Direito.

### **3.1– Garantias Institucionais *versus* Garantias do Instituto**

O início da caracterização das garantias institucionais se deu na Alemanha e acompanhou o surgimento do Estado Social no país a partir da Constituição de Weimar, em 1919, período no qual iniciaram-se estudos que visavam reestruturar a proteção dos direitos fundamentais no texto constitucional e assim preservar as instituições primordiais à estabilidade social, partindo da premissa de que direitos fundamentais e garantias institucionais são categorias que não se confundem por possuírem peculiaridades, natureza jurídica e funções específicas dentro do ordenamento jurídico.

Miranda (2000, p. 73-74) destaca que as garantias institucionais ganharam relevância no contexto do século XX, momento marcado por uma nova visão do indivíduo dentro da sociedade e do papel do Estado na sua conformação, intervindo nas relações econômicas, sociais e culturais, fazendo surgir a necessidade de consolidação dos direitos fundamentais por meio de instituições e de normas, sobretudo do texto constitucional enquanto lei material máxima de regulamentação da estrutura e organização estatal e da sociedade.

A diferenciação entre direitos fundamentais e garantias institucionais estão associadas aos estudos e à produção doutrinária do jusfilósofo alemão Carl Schmitt que em sua obra “Teoria da Constituição” desenvolveu a Teoria das Garantias Institucionais,

na qual afirma que a finalidade de tais garantias na ordem jurídica é promover a tutela especial das instituições essenciais à estabilidade social e à proteção dos membros da sociedade:

[...] Con terminología inexacta se suele hablar aquí de derechos fundamentales, si bien la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad. Ni aun siquiera cuando se aseguran con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones -lo que no es obligado-, hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta «universalidad del círculo de actuación» 212(SCHMITT, 1996, p. 175).

Bonavides (2004, p. 540), ao apontar Carl Schmitt como o maior sistematizador e teórico da teoria constitucional das garantias institucionais, atribui ao filósofo a criação da terminologia “garantia institucional” e o estabelecimento da diferenciação e separação entre esta e os direitos fundamentais “deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma proteção especial (‘besonderen Schutz’) a determinadas instituições (‘bestimmten Einrichtungen’)” e completa afirmando que:

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de

---

212 [...] Com terminologia inexata, geralmente falamos sobre direitos fundamentais, embora a estrutura de tais garantias seja completamente distinta, lógica e juridicamente, de um direito de liberdade. Nem mesmo quando os direitos subjetivos de indivíduos ou empresas são assegurados com a garantia institucional - o que não é necessário - existem direitos fundamentais. A garantia institucional é, por essência, limitada. Existe só dentro do Estado e não se baseia na ideia de uma esfera de liberdade em princípio ilimitada, antes diz respeito a uma instituição juridicamente reconhecida que, como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada ao Serviço de certas tarefas e de certo fim, ainda quando as tarefas não estejam especializadas em particular e seja admissível alguma «universalidade do círculo de atuação».

substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido (BONAVIDES, 2004, p. 542).

Sob o mesmo enfoque, Miranda (2000, p. 74) assimila ser comum nas Constituições materiais que direitos e garantias sejam tratados de forma conjunta, o que não raras vezes torna difícil identificar se determinada norma está voltada para direitos fundamentais ou garantias institucionais, pelo que se faz necessário diferenciá-los partindo-se da premissa de que ela será atinente à direito fundamental “se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação activa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar directamente perante outras entidades”, bem como tratará de garantia institucional quando “se confina a um sentido organizatório objectivo, independentemente de uma atribuição ou de uma actividade pessoal”.

Há que se destacar que, em seus estudos, Schmitt dividiu as garantias presentes no texto constitucional alemão em duas subespécies, quais sejam garantias institucionais e garantias do instituto, estando estas relacionadas às instituições de direito privado, individual, enquanto aquelas estariam associadas ao direito público e voltadas para a preservação das instituições estatais. Seguindo tais enunciados, Canotilho (2003, p. 395) manifesta a pertinência em diferenciar direitos fundamentais de garantias institucionais asseverando que:

As chamadas *garantias institucionais* (*Einrichtungsgarantien*) compreendiam as garantias jurídico-públicas (*institutionnelle Garantien*) e as *garantias jurídico-privadas* (*Institutsgarantie*). Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos directamente a uma pessoa; as instituições, *como tais*, têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a maternidade, a família, a administração autónoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia académica, são instituições protegidas directamente como realidades sociais objectivas e só, *indirectamente*, se expandem para a protecção dos direitos individuais (grifo do autor).

Portanto, esta distinção doutrinária estabelecida pelo constitucionalista weimariano tinha por escopo limitar a atuação do Estado, sobretudo do Poder Legislativo, a fim de obstar sua interferência arbitrária no núcleo essencial das instituições voltadas para concretizar interesses sociais, bem como proteger a Constituição, conforme bem

explana Sarlet (2012, p. 203) ao dizer que “as garantias institucionais objetivam outorgar uma especial proteção a determinadas instituições, no sentido de evitar sua supressão por intermédio do legislador infraconstitucional”.

Na mesma toada, Mendes e Branco (2014, p. 199-200) destinam tópico específico para lecionar acerca das garantias institucionais, no qual igualmente ressaltam que “as garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais” e, nesse contexto, também explanam sobre a sua aplicabilidade no cenário jurídico, ao asseverarem que:

As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador. O seu objeto é constituído de um complexo de normas jurídicas, de ordem pública e privada. A garantia da família (art. 226) e a da autonomia da universidade (art. 207) exemplificam essa categoria de normas entre nós. [...] Em geral, por si, as garantias institucionais não outorgam direito subjetivo aos indivíduos, diferenciando-se, nisto, das garantias fundamentais. Por vezes, entretanto, um mesmo preceito apresenta aspectos de garantia institucional e de direito subjetivo. Essas garantias existem, afinal, para que se possam preservar direitos subjetivos que lhes dão sentido. Têm por escopo preponderante reforçar o aspecto de defesa dos direitos fundamentais.

Ainda sob o mesmo espectro, baseando-se nos estudos de Schmitt e considerando que a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ampliou o rol das garantias institucionais no ordenamento jurídico do país enquanto Estado Social, Pieroth e Schlink (2012, p. 54) partem para a análise dos direitos fundamentais nela contidos, fazendo um paralelo com as garantias institucionais e das instituições:

Alguns direitos fundamentais garantem não só direitos subjetivos, mas também, objetivamente, instituições. Enquanto garantias de instituto (Institutsgarantien), na terminologia, geralmente aceita, de C. Schmitt, garantem instituições de direito privado e, enquanto

garantias institucionais (*institutionelle Garantien*), garantem instituições de direito público, retirando-as assim do poder dispositivo do legislador. [...] Exemplos: O legislador não pode extinguir o casamento e a família (art. 6º, n. 1), a escola privada (art. 7º, n. 4), a propriedade e o direito sucessório (art. 14º, n. 1), nem o funcionalismo público de carreira (art. 33º, n. 5). No entanto, os referidos artigos também garantem, simultaneamente, os direitos subjetivos de celebração do casamento e de constituição de família, de propriedade e sucessão hereditária, de criação de escolas privadas etc.

No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 1154-1155), em seus estudos acerca da Constituição portuguesa destaca as garantias institucionais nela inseridas e o fato de estarem estreitamente ligadas aos direitos fundamentais, apesar de reconhecer a diferenciação entre ambos, ao afirmar que:

As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de **garantias institucionais**. Andam, muitas vezes, associadas às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria protecção de direitos dos cidadãos. Assim, por ex., a CRP, ao mesmo tempo que reconhece como direito fundamental o direito de constituir família e de contrair casamento (art. 36.º/1), assegura a protecção da família como instituição (art. 67.º). O mesmo se diga da paternidade, da maternidade (art. 68.º) e do ensino (art. 74.º). Tradicionalmente, os autores incluem nas chamadas garantias institucionais jurídico-públicas (*institutionelle Garantien* na doutrina alemã, que as distingue das garantias jurídico-privadas, ou seja, das *Institutsgeziillleistungen*) a garantia da autonomia local (art. 6.º/1), a garantia do funcionalismo público (art. 269.º) e a garantia da autonomia universitária (art. 76.º/2) (grifo do autor).

Desse modo, Schmitt defendia que as garantias institucionais estabelecidas pelo direito interno de um determinado Estado destinavam-se a tutelar as instituições que, por previsão constitucional, eram dotadas de essencialidade e detinham relevância jurídica dentro daquele contexto social, repercutindo sobre toda a sociedade, e asseverava, ademais, que tais garantias não podiam ser confundidas com os direitos



fundamentais, pois estes eram voltados para a proteção dos indivíduos e dos seus direitos de liberdade individual, igualdade e participação política (BONAVIDES, 2004, p. 544).

No cenário brasileiro, a formação do ordenamento jurídico nacional enquanto Estado democrático tem como cerne os direitos e as garantias fundamentais ao lado da delimitação do poder estatal. A ordem constitucional de 1988 delineou uma perspectiva inaugural acerca da proteção do indivíduo que pode ser identificada a partir da preocupação dos constituintes originários em destacar e dar visibilidade a tais preceitos fundamentais já no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) do seu texto, dispondo ao longo de seus capítulos, acerca, entre outros, dos direitos civis, políticos e sociais e as respectivas garantias, pelo que se denota que direitos e garantias estão inter-relacionados e se complementam, mas não se confundem dentro da ordem jurídica, como destaca Bonavides (2004, p. 526):

A garantia - meio de defesa - se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos [...] se aceitássemos a confusão, nunca lograríamos tampouco um conceito preciso e útil do que seja uma garantia constitucional. Esse caminho conduziria sem dúvida ao obscurecimento de uma das noções mais valiosas para o entendimento da progressão valorativa do Estado liberal em sua passagem para o Estado Social.

Ao estabelecer uma abordagem acerca da disposição deste conteúdo na Carta Constitucional, Silva (2005, p. 186), ao passo em que reconhece a relevante importância da consolidação dos direitos fundamentais, aponta também que para que eles possam ter plena efetividade e aplicabilidade faz-se necessário estabelecer garantias à sua execução, refletindo a relevância jurídico-constitucional de ambos em caráter igualitário. Nesse sentido, destaca o autor:

Não são nítidas, porém as linhas divisórias entre direitos e garantias [...] A Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: '*Dos direitos e garantias fundamentais*', mas deixa à doutrina

pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias. O Capítulo I desse Título traz a rubrica: '*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*', não menciona as garantias, mas boa parte dele constitui-se de garantias. Ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os (grifo do autor).

Dentro desse contexto, merecem destaque os estudos inaugurais de Rui Barbosa que, ainda no século XIX, alinhado com os ideais do liberalismo, desenvolveu e introduziu o conceito de garantias constitucionais, em razão dos seus posicionamentos em prol da defesa das liberdades individuais e contra as arbitrariedades e violências perpetradas pelo Estado. Bonavides (2004, p. 529-530), ao mencionar a produção doutrinária deste constitucionalista afirma que:

Em sua lição acerca das garantias constitucionais, Rui primeiro demonstrou que 'uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial'. E a seguir definiu *strictu sensu* as garantias constitucionais como sendo 'as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder'. [...] O entendimento de Rui sobre garantias constitucionais estava na linha mais afinada e congruente do constitucionalismo liberal do século XIX, tanto que, ao interpretar 'na acepção racional' o art. 80 da primeira Constituição republicana do Brasil - a de 1891 - declarou ele que as garantias eram 'condições de proteção à liberdade individual', sem as quais, em seus próprios termos, 'a execução da lei' ficaria tolhida, ludibriada e anulada (grifo do autor).

Tamanha é a relevância da doutrina de Rui Barbosa, que seus trabalhos exerceram forte influência durante a elaboração da Constituição Federal de 1988 ao positivizar normas acerca dos direitos e garantias fundamentais prevendo que os direitos fundamentais são disposições que declaram bens e vantagens destinados aos indivíduos, enquanto as garantias constitucionais são os mecanismos jurídicos que efetivam e legitimam a sua defesa, bem como os protegem em face dos excessos do poder público e que Ferreira Filho (2016, p. 48) nomeia de garantias-sistema, dotadas de sentido amplíssimo, as quais são instrumentos que "se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado das suas prerrogativas".

Ferreira Filho (2016, p. 48-49) ainda atribui outros sentidos às garantias, cada um dotado de peculiares e funções diversas dentro do sistema jurídico, quais sejam sentido amplo (garantia institucional), sentido restrito (garantia-defesa) e sentido restritíssimo (garantia instrumental), conforme segue:

Num sentido amplo, garantias são a estrutura institucional organizada que se volta para a defesa de direitos. [...] Como essa garantia é confiada a instituições determinadas, pode-se designá-la de *garantia institucional*. Em sentido restrito, são garantias as defesas especiais relativamente a determinados direitos. Constituem proibições que visam a prevenir a violação a direito. É o caso da proibição da censura, para proteger a liberdade de expressão do pensamento e de comunicação [...] Pode-se dizê-las *garantias-defesa*, ou, também, *garantias-limite*, porque são limites à ação do poder. Em sentido restritíssimo, garantias são os instrumentos (daí a expressão comumente usada para designá-las — garantias instrumentais) ou meios de defender direitos específicos, provocando a atuação das instituições previstas para a sua proteção (a estrutura de *garantia institucional*). Servem, assim, para invocar a garantia institucional, em prol das *garantias-limite*, constituindo instrumento para a proteção dos direitos fundamentais (grifo do autor).

Dando ênfase ao panorama jurídico brasileiro dos direitos e garantias dentro do cenário latino-americano, Bonavides (2004, p. 537) estabelece um paralelo entre as garantias constitucionais e as garantias institucionais ao preconizar que aquelas possuem um universo conceitual amplo que abrange estas, estando ambas conectadas na medida em que “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.

Assim, denota-se que durante o Estado Liberal se buscou proteger as liberdades públicas direcionadas aos indivíduos, enquanto as garantias de tais liberdades eram vinculadas à atuação estatal através do estabelecimento de balizas para a não intervenção na esfera pessoal de suas vidas, a exemplo das questões envolvendo a propriedade privada. Posteriormente, com o advento do Estado Social notou-se a

necessidade de tutelar outros direitos, não se restringindo apenas aos direitos de liberdade, o que resultou, conseqüentemente, na ampliação do alcance das garantias constitucionais para proteger e resguardar todo o complexo de direitos fundamentais que hoje estão presentes na Constituição Federal, cabendo ao Estado promover a sua máxima efetividade e, nesse sentido:

[...] Quando as garantias institucionais amadurecem na obra de Schmitt, já o Estado liberal principiava a ficar para trás com o advento do Estado social. Isto aconteceu a partir da República de Weimar. Daqui por diante, a análise conceitual da segurança das instituições e dos direitos fundamentais já não pode prescindir do conceito de garantias institucionais. Doravante ele se converte numa das colunas do Estado social, forma que rege a organização dos poderes públicos debaixo de uma nova inspiração política e filosófica, a qual deslocou o eixo do poder na vida do Estado, trazendo para as instituições a hegemonia da sociedade em substituição da antiga supremacia do indivíduo; a primeira, caracterizando o Estado social, a segunda, o Estado liberal hoje em grande parte decadente ou já extinto (BONAVIDES, 2004, p. 535).

Ademais, os direitos de liberdade e igualdade invocados, respectivamente, pelos modelos liberais e sociais de Estado não conflitam nem tampouco se contrapõem no constitucionalismo contemporâneo, cabendo às garantias constitucionais efetivar a sua máxima tutela a fim de manter o equilíbrio e a ordem jurídico-constitucional, conforme leciona Schwabe (2005, p. 320):

Liberdade e igualdade foram as grandes bandeiras do movimento constitucionalista, que passaram a integrar o corpo de todas as constituições do tipo ocidental democrático. Normalmente elas aparecem nas constituições lado a lado. [...] As garantias constitucionais da liberdade e igualdade não transportam este conflito social ao plano constitucional: enquanto normas constitucionais, elas se apresentam harmoniosas e sem hierarquização entre si, uma ao lado da outra. É o legislador ordinário quem deve disciplinar o conflito social entre estes dois anseios. Ele o fará, na medida em que determinará quanta margem de ação deixará ao mais forte e quanta proteção dará ao mais fraco. Tanto as garantias constitucionais de igualdade, quanto as

garantias de liberdade servirão para impor ao legislador certos limites que ele não poderá ultrapassar: em suma, a restrição ou diminuição da liberdade, de um lado, e o tratamento desigual, do outro, não poderão ocorrer sem um motivo racional.

Por fim, Dimoulis e Martins (2012, *online*) comentam acerca da teoria de Schmitt aplicando-a à realidade brasileira, ressaltando que, em que pese seja papel do poder público concretizar as diretrizes e objetivos estabelecidos pela Constituição Federal a fim de promover a isonomia e a justiça social, o contexto fático reflete um distanciamento do cumprimento efetivo de tais premissas, consoante se denota a seguir:

Segundo Schmitt há duas espécies de garantias de organização: (a) Garantias de instituições privadas (*Institutsgarantien*), tais como a família e o casamento, a propriedade e a possibilidade de organizar associações. Além da liberdade de agir, o indivíduo pode exigir do Estado uma regulamentação jurídica e a tomada de medidas práticas que possibilitem o exercício efetivo do respectivo direito; (b) Garantias de instituições públicas (*institutionelle Garantien*), isto é, de organismos estatais cuja presença é imprescindível para que os titulares de direitos fundamentais possam exercê-los (Administração Pública, tribunais, estrutura eleitoral). Se o Estado não tivesse, por exemplo, a obrigação de manter uma estrutura judiciária densa, seria risível dizer que o morador do Amazonas tem o direito ao habeas corpus porque pode impetrá-lo ante a um tribunal de Brasília. Saliente-se que não se trata de um caso de pura retórica. A experiência cotidiana, assim como uma série de estudos, indica que em regiões e bairros pobres a presença das autoridades do Estado e da infraestrutura de serviços deixa muito a desejar. Nesse sentido, o Estado brasileiro, até hoje, não cumpriu sua obrigação de oferecer estruturas públicas capazes de atender às necessidades da população, necessidades que devem ser entendidas e satisfeitas não como obra de caridade de políticos paternalistas, mas enquanto cumprimento de uma obrigação do Estado definida pela própria Constituição Federal e que corresponde à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

À vista disso, os estudos em torno do sistema de direitos e garantias desencadearam uma significativa reformulação na seara constitucional, dando destaque para as garantias institucionais precípua à coletividade, resguardando, sob o viés jurídico, direitos fundamentais a ela inerentes sendo tamanha a sua relevância que, ainda hoje, produzem reflexos no constitucionalismo contemporâneo que exige do Estado planejamento, metas e ações voltadas para a consecução, no direito interno, da promoção do bem-estar social e da tutela da dignidade da pessoa humana.

### **3.2 – Um Recorte sobre os Campos de Atuação da Defensoria Pública no Resguardo aos Direitos Fundamentais de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade**

A Defensoria Pública enquanto órgão essencial à função jurisdicional do Estado, pensada e criada para prestar a assistência jurídica integral e gratuita aos indivíduos em situação de vulnerabilidade, atua como mecanismo garantidor do acesso à justiça e viabiliza a comunicação entre estes e o Poder Judiciário, bem como a todas as alternativas extrajudiciais para a solução de litígios daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, evidenciando, assim, o seu relevante papel social.

Desde a sua criação, o processo de estruturação e fortalecimento da Defensoria Pública, tem como objetivo primordial assegurar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais proclamados pelos constituintes originários, mormente aqueles intrínsecos à defesa da cidadania plena, à primazia dos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. Dentro desse contexto, ao tratar sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, Sarmiento (2004, p. 154-155) bem destaca que:

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.

Assim, funções destinadas à instituição para a defesa destes direitos fundamentais das pessoas em situação de vulnerabilidade através do acesso à justiça dialogam com

os valores que emergem do Estado democrático de direito, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a igualdade material, a prevalência dos direitos humanos, a proteção de grupos sociais hipossuficientes e daqueles privados de representação jurídica, a atuação em prol das minorias, a solução extrajudicial de conflitos e a promoção da paz social, pressupostos estes que devem ser observados e respeitados pelo Defensor Público no exercício das suas funções e corroborando tal afirmação, como consta na regra nº 29 das 100 Regras de Brasília:

(29) Destaca-se a conveniência de promover a política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais: quer seja através da ampliação de funções do Defensor Público, não somente na ordem penal mas também noutras ordens jurisdicionais; quer seja através da criação de mecanismos de assistência letrada: consultorias jurídicas com a participação das universidades, casas de justiça, intervenção de colégios ou barras de advogados. Tudo isso sem prejuízo da revisão dos procedimentos e dos requisitos processuais como forma de facilitar o acesso à justiça (BRASIL, 2008, *online*).

Como parte da tendência de implementação de ações afirmativas e de defesa dos grupos vulneráveis, a Defensoria Pública se revela como instrumento de superação da intolerância, da discriminação, da violência e da exclusão social, refletindo a preocupação constitucional em assegurar a especial tutela dos indivíduos naturalmente frágeis, inseridos em grupos socialmente vulneráveis e, sob essa ótica, o artigo 4º, XI, da LC nº 80/94 preceitua que:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (BRASIL, 1994, *online*).

Madaleno (2019, p. 54) define a vulnerabilidade e a diferencia dos conceitos de minoria e de hipossuficiência, delimitando suas peculiaridades e a partir disso quais indivíduos e quais situações se enquadram nesse contexto que permeia a vida em sociedade, conforme se denota a seguir:

Na definição do vocábulo 'vulnerável' entenda-se aquele que pode ser ferido física ou moralmente e bem assim no seu âmbito econômico. Os grupos vulneráveis não se confundem com as minorias, porque os primeiros podem se constituir em um grande contingente numérico, como as mulheres, as crianças e os idosos, embora todos se identifiquem como vítimas da intolerância e da discriminação. A vulnerabilidade é um traço universal de alguns grupos de pessoas existentes na sociedade e destinatários de especial proteção, justificando--se o tratamento diferenciado em razão das suas condições políticas, sociais e culturais. A vulnerabilidade, no entanto, não se confunde com a hipossuficiência, pois esta está vinculada à pobreza e só legitima alguns tratamentos diferenciados, porque nem toda pessoa vulnerável tem dificuldades econômicas e sociais, que pudesse ser classificada como pobre. A vulnerabilidade é inerente à existência da pessoa, seja ela hiper ou hipossuficiente, tendo em conta que a existência ou ausência de lastro econômico e financeiro não impede que, em dado momento, qualquer indivíduo possa estar vulnerável e assim ser ferido ou ofendido em sua integridade física ou psicológica.

Portanto, pode-se dizer que o conceito de vulnerabilidade está ligado à existência de uma situação fática que, repercutindo no âmbito jurídico, faz surgir um direito subjetivo, passando a exigir do Estado uma atuação ativa voltada para proteger os interesses do indivíduo afetado e, nesse âmbito, a Defensoria Pública é o instrumento estatal que detém a função de efetivar a proteção desse direito violado por meio do acesso à justiça, buscando sanar as fragilidades decorrentes de um cenário circunstancial ao mesmo tempo em que tenta alcançar uma igualdade material.

Faz-se oportuno mencionar, ademais, os sujeitos e os grupos sociais hipervulneráveis, categoria esta que vem ganhando espaço na doutrina pátria e na jurisprudência e que, conforme ensinamento de Fensterseifer (2017, p. 51), podem ser entendidos como aqueles que:



[...] Por sua peculiar condição existencial, apresentam não apenas um fator de vulnerabilidade (por exemplo, ser criança, pobre ou idoso), mas sim um somatório de dois ou mais fatores agravadores da sua vulnerabilidade (ex.: criança pobre com grave problema de saúde ou pessoa idosa com deficiência), ensejando um regime jurídico ainda mais reforçado na sua proteção. Essa vulnerabilidade 'agravada', por assim dizer, é relevante para o Direito, cabendo ao ordenamento jurídico e ao próprio Sistema de Justiça ampliar os mecanismos voltados à proteção de tais pessoas.

Assim, certo é que as vulnerabilidades podem se dar de inúmeras formas, bem como podem ser visualizadas em contextos sociais diversos, a depender da situação em que se encontra o indivíduo que foi vítima de violação de seus direitos. Desse modo, em que pese não seja possível elencar de modo taxativo as vulnerabilidades existentes nos diversos contextos sociais, uma vez que vão surgindo de acordo com a dinâmica das relações interpessoais, algumas se destacam no âmbito brasileiro, a exemplo das que estão relacionadas à pauta indigenista, à questão etária, à população em situação de rua, às pessoas com deficiência, às peculiaridades envolvendo o Direito Penal e Penitenciário e o Direito do Consumidor, as quais serão abordadas de forma detalhada a seguir.

#### *A. Na seara indigenista*

A Constituição Federal de 1988 detém capítulo exclusivo para tratar sobre os índios do território brasileiro, no qual reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, as quais, em que pese serem bens da União, são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis.

Com o fito de garantir o acesso à justiça aos povos indígenas, o texto constitucional também prevê que os índios, suas comunidades e organizações possuem legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, cuja competência para julgar tais causas envolvendo disputas sobre direitos indígenas, de suas terras e comunidades cabem à Justiça Federal, enquanto questões envolvendo direitos individuais e particulares dos índios, sejam elas cíveis ou criminais, são destinadas à Justiça Estadual, a exemplo da súmula 140 do STJ (BRASIL, 1995): "competete a Justiça Comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima".

A Carta Constitucional de 1988, ao lado da legislação infraconstitucional e internacional, com destaque para a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, segundo a qual o reconhecimento de tais povos se dá nos seguintes termos:

1. A presente convenção aplica-se:
  - a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
  - b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.
3. A utilização do termo 'povos' na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional (BRASIL, 2004, *online*).

Tais normativas estabeleceram novos marcos para a relação entre Estado, povos indígenas e sociedade a partir da concepção interculturalista – diferentes culturas convivendo entre si -, rompendo com as disposições das Constituições anteriores e do Estatuto do Índio que defendiam a ideia de assimilação cultural, entendendo os índios como categoria social transitória, cuja existência estaria fadada a desaparecer, e uma política integracionista - e nesse sentido bem destacam Mello e Guimarães (2018, p. 2) “até a promulgação da CF/88, pode-se afirmar que a política estatal para os povos indígenas era de aculturação, a partir da assimilação cultural e, posteriormente, pela integração à comunhão nacional, nos moldes ocidentais”.

Outrossim, mormente os significativos avanços legais para a proteção dos direitos indígenas, ainda hoje essas comunidades estão submetidas a graves situações de vulnerabilidade, sofrendo com a omissão estatal em demarcar suas terras tradicionais,

com a destruição das áreas ambientais em que estão inseridos, sendo vitimados com constantes invasões de seus territórios para exploração de recursos naturais, com a dizimação de suas comunidades por disputa de territórios, ameaças de grileiros e contaminações provenientes do garimpo, os quais, não raro, ocorrem de maneira ilegal e violenta.

A dificuldade de acesso aos mecanismos da Justiça competentes para prestar-lhes assistência jurídica, seja em razão do idioma, da locomoção e das grandes distâncias, da ausência de informação ou até mesmo do desconhecimento dos direitos a que fazem jus, também são fatores que potencializam a vulnerabilidade dos povos indígenas e, cientes dessa realidade e visando combatê-la, as 100 regras de Brasília preocuparam-se em destinar disposições específicas acerca das comunidades indígenas, dentre as quais:

(9) As pessoas integrantes das comunidades indígenas podem encontrar-se em condição de vulnerabilidade quando exercitam os seus direitos perante o sistema de justiça estatal. Promover-se-ão as condições destinadas a possibilitar que as pessoas e os povos indígenas possam exercer com plenitude tais direitos perante o dito sistema de justiça, sem discriminação alguma que possa ser fundada na sua origem ou identidade indígenas. Os poderes judiciais assegurarão que o tratamento que recebem por parte dos órgãos da administração de justiça estatal seja respeitoso com a sua dignidade, língua e tradições culturais. Tudo isso sem prejuízo do disposto na Regra 48 sobre as formas de resolução de conflitos próprios dos povos indígenas, propiciando a sua harmonização com o sistema de administração de justiça estatal. [...]

(48) Com fundamento nos instrumentos internacionais na matéria, é conveniente estimular as formas próprias de justiça na resolução de conflitos surgidos no âmbito da comunidade indígena, assim como propiciar a harmonização dos sistemas de administração de justiça estatal e indígena baseada no princípio de respeito mútuo e de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

(49) Além disso serão de aplicação as restantes medidas previstas nestas Regras nos casos de resolução de conflitos fora da comunidade indígena por parte do sistema de administração de

justiça estatal, onde é conveniente abordar os temas relativos à partilha cultural e ao direito a expressar-se no próprio idioma (BRASIL, 2008, *online*).

Nesse cenário, a importância da Defensoria Pública dentro da estrutura do Estado representa um forte mecanismo de auxílio na defesa das questões indígenas, tendo sido objeto de discussão no seminário “A Reforma da Justiça no Brasil: uma década de desafios e conquistas em uma perspectiva latino-americana”, o qual ao tratar especificamente sobre povos indígenas e comunidades tradicionais destacou o papel da instituição e de seus membros dentro do sistema de justiça, dispondo, especificamente:

### **3.2. Recomendações para a atuação de diferentes órgãos do Sistema de Justiça e seus profissionais no atendimento e resolução de conflitos envolvendo direitos dos povos indígenas e comunidades tradicionais**

3.2.1. Implementar, no âmbito das Defensorias Públicas, atendimentos que operem não somente pela atuação judicial e pelo acompanhamento de políticas públicas, mas também pela promoção de uma política de educação em direitos, com a participação de indígenas e quilombolas no planejamento dessa ação;

3.2.2. Promover atendimento externo e específico das Defensorias Públicas no local onde habitam os povos tradicionais; 3.2.3. Que as Administrações das Defensorias Públicas estimulem o desenvolvimento de práticas voltadas à difusão dos Direitos Humanos e à prestação de assessoria jurídica aos grupos indígenas e comunidades tradicionais; 3.2.4. Recomendar à Defensoria Pública da União - DPU que lote os defensores públicos onde os povos indígenas se fazem presentes (grifo do autor) (SEMINÁRIO, 2015, *online*).

Desse modo, diante da importante e necessária atuação de todos os Poderes para a proteção das comunidades indígenas, a Defensoria Pública, assim como o Ministério Público e todo o aparato estatal cujo direcionamento é voltado para esses povos, a exemplo da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), se revela uma instituição essencial na efetivação da tutela dos direitos e garantias fundamentais desse povos, buscando facilitar o seu acesso à justiça, por meio de ações individuais e coletivas, e aos demais mecanismos de preservação da sua dignidade, autodeterminação e organização, a fim de combater e até mesmo sanar tais vulnerabilidades.

### *B. Na seara etária*

Os indivíduos, ao longo de toda a sua existência, desde a sua concepção, são destinatários de direitos e garantias fundamentais que resguardam a dignidade da pessoa humana. No entanto, durante essa trajetória de vida, aqueles que estão no seu início e no seu fim costumam estar mais suscetíveis a situações de vulnerabilidades dentro da sociedade, seja em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento ou da senilidade e das fragilidades inerentes à longevidade.

Como bem ressaltam Esteves e Silva (2018, p. 303) “durante os dois extremos da vida humana, o indivíduo enfrenta notória dificuldade para acessar o sistema de justiça”, sendo esta uma realidade enfrentada por crianças, adolescentes e idosos no contexto brasileiro e é sob essa mesma ótica que Pereira (2019, p. 72) ressalta em sua obra a lição de que:

Tanto para a criança e o adolescente quanto para o idoso, a prioridade absoluta exerce a importante função de garantir, na prática e nas diversas esferas, os direitos previstos pela lei, atentando para as vulnerabilidades e necessidades desta parcela da população e norteando a elaboração de ações e políticas públicas.

No que se refere às crianças e aos adolescentes, a doutrina da proteção integral adotada pelo texto constitucional, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e com a normativa internacional – com destaque para a Convenção sobre Direitos da Criança –, reconhecendo a sua condição peculiar de vulnerabilidade, estabelecem diretrizes voltadas para a máxima tutela dos direitos fundamentais a eles inerentes e do melhor interesse enquanto sujeitos de direito, bem como deveres e obrigações da família, da sociedade e do Estado, punições aos crimes contra eles perpetrados, a quem são destinados os mecanismos asseguradores de condições existenciais sadias e harmoniosas para o seu pleno desenvolvimento, privilegiando a sua dignidade.

Assim, a vulnerabilidade desses indivíduos demanda sobremaneira que sejam tratados com absoluta prioridade, afinal, conforme lição de Madaleno (2019, p. 57):

Inquestionável que a falta de maturidade física e intelectual da criança a coloca em situação especial de integral proteção na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana ainda em fase

de desenvolvimento e, estando a criança e o adolescente nesta condição especial de maior vulnerabilidade é natural que seja destinatária de um regime especial de salvaguardas, cujas garantias são necessárias para a construção de sua integral potencialidade como pessoa. Dotados de direitos especiais, têm as crianças e adolescentes, por sua exposição e fragilidade, prioridade em sua proteção, como fato natural dessa etapa de suas vidas, quer fiquem expostas por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por abuso dos pais ou responsáveis. Crianças e adolescentes são destinatários do princípio dos *melhores interesses*, conceito jurídico indubitavelmente indeterminado, mas que sempre haverá de prevalecer em favor do infante quando em confronto com outros valores, pois sempre será necessário assegurar o pleno e integral desenvolvimento físico e mental desse adulto do futuro, sujeito de direitos (grifo do autor).

No que atine aos idosos, Madaleno (2019, p. 58) trata sobre as vulnerabilidades às quais estão expostos asseverando que, diferentemente das crianças e dos adolescentes, após a promulgação da Constituição Federal o legislador brasileiro não se deteve em priorizar a elaboração de mecanismos legais que assegurassem os direitos fundamentais desses indivíduos, resumindo-se a tratar sobre questões previdenciárias e restrições ao regime matrimonial de bens ao maiores de 70 (setenta) anos, situação que veio apresentar novos contornos apenas em 2003 com a promulgação do Estatuto do Idoso (lei nº 10.741/03), destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos e, nesse sentido:

Os idosos constituem, inquestionavelmente, um grupo social em franco crescimento quantitativo, que estava à mercê de um reconhecimento especial para a vulnerabilidade de seus fundamentais direitos, ligados aos seus cuidados como pessoa, com vistas aos cuidados para com sua saúde, seu transporte, sua moradia, para com o seu regime matrimonial, que, ao contrário das restrições impostas pelo Código Civil, deveria ser de livre-escolha, ou ao menos assegurado o regime automático e legal da comunhão parcial e a divisão de eventuais bens aqestos; cuidados para com seus alimentos e a regulamentação destinada a atender sua casual custódia ou curatela, sem prejuízo de outras prioridades de ordem subjetiva, além da preferência processual para suas

demandas judiciais, inclusive na seara penal, buscando a criação de uma rede de proteção contra maus-tratos físicos, psicológicos ou espoliações materiais (MADALENO, 2019, p. 58).

O envelhecimento, portanto, traz consigo uma série de limitações que dificultam o pleno exercício dos atos da vida civil de forma independente e autônoma, ensejando a necessidade de auxílio e suporte do seio familiar e também dos mecanismos estatais para que seja assegurado o seu espaço dentro do convívio social, a sua saúde física e mental, a preservação dos seus direitos e o combate às violações sofridas, visando sempre a efetivação e o resguardo da sua dignidade plena de forma prioritária.

No âmbito da atuação da Defensoria Pública em prol dos direitos e garantias desses indivíduos, a LC nº 80/94 reconhece-os como grupo social vulnerável e estabelece como função institucional o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da criança, do adolescente e do idoso, a quem se destina a proteção especial do Estado. Outrossim, a importância da atividade da Defensoria Pública é reforçada pelas 100 regras de Brasília que, reconhecendo a vulnerabilidade desses indivíduos, destaca a necessidade da atuação estatal para tutelar seus direitos, dispõe que:

(5) Considera-se criança e adolescente todas as pessoas menor de dezoito anos de idade, salvo se tiver alcançado antes a maioria de idade em virtude da legislação nacional aplicável. Toda a criança e adolescente deve ser objecto de uma especial tutela por parte dos órgãos do sistema de justiça em consideração ao seu desenvolvimento evolutivo.

(6) O envelhecimento também pode constituir uma causa de vulnerabilidade quando a pessoa adulta maior encontrar especiais dificuldades, atendendo às suas capacidades funcionais, em exercitar os seus direitos perante o sistema de justiça (BRASIL, 2008, *online*).

De mais a mais, a vulnerabilidade natural que decorre do fator etário também enseja uma outra função institucional ao órgão defensorial que é o exercício da curadoria especial dos incapazes que não tiverem representante legal ou cujos interesses colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade, conforme previsão do CPC/15, ou quanto ao idoso, nos casos em que comprovadamente estiverem incapacitados de gerir seus bens, nos termos da lei nº 8.842/94.

Destaque-se que há a criação de núcleos de assistência jurídica da infância e da juventude e de defesa do idoso no âmbito das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal voltados para a prestação de atendimento especializado e prioritário a fim de promover e defender seus direitos, abarcando uma atuação em todas as esferas – cível, criminal e administrativa – voltada para as necessidades desses grupos, com legitimidade para propor medidas judiciais ou extrajudiciais para a tutela de seus interesses coletivos ou individuais, podendo ainda representar junto aos sistemas internacionais de proteção, bem como para garantir o pleno exercício de seus direitos e garantias fundamentais.

Isto posto, o órgão defensorial enquanto ator do sistema de garantia dos direitos de crianças, adolescentes e idosos, exerce sua atividade buscando proporcionar-lhes uma defesa coerente com os princípios constitucionais e legais, além daqueles consagrados em normas internacionais ratificadas pelo Brasil, priorizando o uso efetivo dos instrumentos normativos a fim de tutelar, de forma ampla e com absoluta prioridade, os seus direitos, cumprindo, portanto, com as premissas inerentes à doutrina da proteção integral.

#### *C. Na seara das pessoas em situação de rua*

A população em situação de rua enfrenta especiais dificuldades para exercer, de forma plena, os seus direitos dentro do convívio social, bem como perante o sistema de justiça. Diante desse contexto e da necessidade de legislação nacional específica tratando sobre tema de tamanha relevância dentro da realidade brasileira, no ano de 2009 foi instituída a Política Nacional para a população em situação de rua por meio do decreto nº 7.053/09 que traz em seu artigo 1º, parágrafo único, a definição desse grupo de pessoas e quais os parâmetros para a sua identificação, conforme se denota a seguir:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (BRASIL, 2009, *online*).



Conforme destacam Franco e Magno (2015, p. 81-82), a parcela populacional que vive sob essas circunstâncias não foi expressamente reconhecida como vulnerável pelas 100 Regras de Brasília, no entanto estão inseridas em outros contextos de vulnerabilidades presentes no mencionado documento e, conforme asseveram, isso se dá “especialmente porque a população em situação de rua é centro de convergência de causas de vulnerabilidades superpostas, a começar pela pobreza, definida naquelas Regras nos dispositivos n. 15 e n. 16” as quais trazem como pressupostos, respectivamente, que:

(15) A pobreza constitui uma causa de exclusão social, tanto no plano econômico como nos planos social e cultural, e pressupõe um sério obstáculo para o acesso à justiça especialmente daquelas pessoas nas quais também concorre alguma outra causa de vulnerabilidade.

(16) Promover-se-á a cultura ou alfabetização jurídica das pessoas em situação de pobreza, assim como as condições para melhorar o seu efetivo acesso ao sistema de justiça (BRASIL, 2008, *online*).

Nessa perspectiva, Esteves e Silva (2018, p. 307) manifestam raciocínio equiparado acerca das condições a que estão expostos os indivíduos que vivem sob tais circunstâncias, destacando que a situação de rua não pode ser vista como sinônimo de fragilidade econômica e isto porque esse contexto revela uma realidade muito mais ampla e complexa, fazendo surgir uma vulnerabilidade única que envolve não só a pobreza, mas também uma série de elementos pessoais e sociais que vitimam esse grupo de pessoas ensejando a sua marginalização e exclusão dentro do ciclo discriminatório socialmente estruturado, conforme se denota a seguir:

Embora a vivência em situação de rua possua como predicado comum a exposição do indivíduo à situação de pobreza extrema, essa espécie de vulnerabilidade não deve ser confundida ou equiparada à vulnerabilidade econômica. Na verdade, a realidade de exclusão e de invisibilidade social vivenciada pela população em situação de rua acaba gerando uma espécie própria de vulnerabilidade heterogênea e multidimensional, composta por diversos fatores (jurídicos, sociais, psicológicos e econômicos) e indutora de variadas consequências (miserabilidade,

marginalização social, discriminação, inacessibilidade à documentação pessoal básica e aos direitos sociais fundamentais etc.).

A atuação da Defensoria Pública em defesa dos indivíduos vitimados por tal vulnerabilidade que, além de ensejadora de graves violações aos direitos humanos e fundamentais e à dignidade da pessoa humana, confirma, reproduz e potencializa a desigualdade abissal e violenta que está presente no Brasil desde os seus primórdios, deve estar munida de mecanismos que permitam uma aproximação desses indivíduos com a instituição a fim de que haja, de fato, acesso aos serviços oferecidos e aos quais fazem jus, pois o que se nota é uma tendência a que as pessoas em situação de rua evitem ou afastem-se dos instrumentos estatais existentes para tutelar e garantir os seus direitos:

É fundamental que a Defensoria Pública tenha uma visão diferenciada em relação à assistência jurídica para a população em situação de rua, já que o estigma e a discriminação vivenciada geram, nesse público específico, demasiada desconfiança em relação aos públicos. [...] A Defensoria Pública deve atuar de forma mais proativa, já que o serviço tradicional de assistência jurídica – em que o Defensor Público aguarda o comparecimento do assistido à Defensoria Pública – não é bem-sucedido e eficaz quando se trata de população em situação de rua, cuja hipervulnerabilidade faz com que, dificilmente, procure, de forma voluntária, uma unidade da Defensoria Pública (OLIVEIRA, 2017, p. 85-86 e 97, apud ESTEVES; SILVA, 2018, p. 307).

Há, portanto, uma ampla rede de mobilização articulada para incentivar e proporcionar melhores condições de vida para esses indivíduos, sendo a Defensoria Pública um elemento primordial nesse processo de cooperação. Assim, as políticas de enfrentamento e combate à vulnerabilidade de pessoas em situação de rua devem ser estruturadas de modo a alcançá-las de maneira efetiva e garantir-lhes a oportunidade real de acesso às instituições organizadas que visam promover e resguardar, com efeito, seus direitos enquanto seres humanos para que possam sair da situação de vulnerabilidade em que vivem, contribuindo, assim, para a construção de uma sociedade materialmente igualitária.

*D. Na seara das pessoas com deficiência*

A reformulação das premissas atinentes às pessoas com deficiência adveio com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque) e seu Protocolo Facultativo, promulgados no ordenamento jurídico pátrio pelo decreto nº 6.949/09 e que ensejou a adequação das normas nacionais aos novos contornos por ela trazidos, a exemplo do Código Civil e do CPC/15, e instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei nº 13.146/15), que se destina a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e a sua cidadania.

Com efeito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou na órbita jurídica ao delimitar o conceito de pessoa com deficiência, passando a considerar como tais aqueles indivíduos “com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015, *online*).

Quanto às 100 Regras de Brasília, em que pese enquadre as pessoas com deficiência como incapazes, destoando da normativa atual que rompeu a correlação direta entre a incapacidade jurídica e a deficiência, também atesta a sua condição de vulnerabilidade ao prever que:

(7) Entende-se por incapacidade a deficiência física, mental ou sensorial, quer seja de natureza permanente ou temporal, que limite a capacidade de exercer uma ou mais actividades essenciais da vida diária, que possa ser causada ou agravada pelo ambiente económico e social.

(8) Procurar-se-á estabelecer as condições necessárias para garantir a acessibilidade ao sistema de justiça das pessoas com incapacidade, incluindo aquelas medidas conducentes a utilizar todos os serviços judiciais exigidos e dispor de todos os recursos que garantam a sua segurança, mobilidade, comodidade, compreensão, privacidade e comunicação (BRASIL, 2008, *online*).

Diante disso é importante não confundir vulnerabilidade com incapacidade, tendo em vista que a vulnerabilidade diz respeito a uma condição especial que reclama para si um tratamento singular, mas não de modo a impedir o sujeito de praticar os atos da vida civil. Afinal, conforme prevê a lei nº 13.146/15, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, não havendo que se falar em incapacidade absoluta ou

relativa, mas reconhece expressamente tais indivíduos como vulneráveis, nos seguintes termos:

Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.

Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança (BRASIL, 2015, *online*).

Assim, enquanto órgão do poder público, a Defensoria Pública também é instrumento de defesa dos direitos desse grupo vulnerável e as inúmeras alterações propostas pelo Estatuto repercutiram diretamente na sua atuação, com destaque para a manifestação da sua ampla legitimidade extraordinária para tutelar os direitos fundamentais e defender os interesses individuais e coletivos das pessoas com deficiência em nome próprio - a exemplo de ações relativas à acessibilidade de prédios públicos e privados e à gratuidade nos transportes públicos - conforme prevê a LC nº 80/94, corroborada pelo Estatuto, que dispõe:

Art. 79. O poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva.

§ 1º A fim de garantir a atuação da pessoa com deficiência em todo o processo judicial, o poder público deve capacitar os membros e os servidores que atuam no Poder Judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos órgãos de segurança pública e no sistema penitenciário quanto aos direitos da pessoa com deficiência.

[...]

§ 3º A Defensoria Pública e o Ministério Público tomarão as medidas necessárias à garantia dos direitos previstos nesta Lei (BRASIL, 2015, *online*).

Pontue-se que a atividade defensorial no âmbito da curadoria especial desses indivíduos nos casos em que se constatar a incapacidade jurídica da pessoa com

deficiência decorrente da impossibilidade real e duradoura de manifestar a sua vontade – nunca em razão da deficiência em si – nos termos do artigo 4º, III, do Código Civil. Nesse contexto, havendo necessidade de assistência em juízo por não possuírem curador ou tutor ou entre eles houver conflito de interesses, verifica-se hipótese de atuação da Defensoria Pública como curadora especial e, portanto, a curadoria especial exercida pela instituição não ocorrerá como representante, mas apenas como assistente, pois deverá ser respeitado o exercício da capacidade e a autonomia desse grupo.

Isto posto, a instituição enquanto órgão público detém grande parcela de importância na execução dos meios necessários para a defesa e tutela dos direitos desse grupo social que, contando com o auxílio de equipe técnica multidisciplinar, atua na articulação e no fortalecimento da rede de serviços de proteção e permitem a produção de conhecimento e de mecanismos garantidores do acesso à justiça das pessoas com deficiência.

#### *E. Na seara do Direito Penal e Penitenciário*

A realidade penal e penitenciária vivenciada no Estado brasileiro evidencia de forma latente as vulnerabilidades que acometem a parcela populacional inserida no sistema carcerário nacional, bem como os danosos impactos que dele decorrem, a exemplo da superlotação dos presídios, das condições desumanas de higiene, saúde e alimentação a que são submetidos os presos e do excesso de execução da pena, ensejando graves violações aos direitos humanos e fundamentais e submetendo-os a sérios traumas e danos de ordem física, moral e psicológica.

Sendo assim, o contexto das vulnerabilidades envolvendo tais questões também é reconhecido pelas 100 Regras de Brasília tanto sob a perspectiva da vitimização criminológica, ou seja, da vítima que sofreu danos de ordem física, moral, psicológica, econômica e social decorrentes de infrações penais contra ela perpetradas, quanto daqueles que estão privados de liberdade, nos seguintes termos:

(10) Para efeitos das presentes Regras, considera-se vítima toda a pessoa física que tenha sofrido um dano ocasionado por uma infração penal, incluída tanto a lesão física ou psíquica, como o sofrimento moral e o prejuízo econômico. O termo vítima também poderá incluir, se for o caso, a família imediata ou as pessoas que estão a cargo da vítima directa.

(11) Considera-se em condição de vulnerabilidade aquela vítima do delito que tenha uma relevante limitação para evitar ou mitigar os

danos e prejuízos derivados da infração penal ou do seu contacto com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrer uma nova vitimização. A vulnerabilidade pode proceder das suas próprias características pessoais ou das circunstâncias da infração penal. Destacam para estes efeitos, entre outras vítimas, as pessoas menores de idade, as vítimas de violência doméstica ou intra familiar, as vítimas de delitos sexuais, os adultos maiores, assim como os familiares de vítimas de morte violenta.

(22) A privação da liberdade, ordenada por autoridade pública competente, pode gerar dificuldades para exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular a pessoa privada da liberdade, especialmente quando concorre com alguma causa de vulnerabilidade enumerada nos parágrafos anteriores (BRASIL, 2008, *online*).

Sob essa ótica, é possível constatar a existência das inúmeras formas de vitimização dos indivíduos que se deparam com situações de violação dos seus direitos no âmbito penal, inclusive para além da seara individual daqueles que foram diretamente atingidos, na medida em que se reconhece igualmente como vítimas as suas famílias e aqueles que estão no seu convívio.

Ademais, tais ofensas podem ser potencializadas nos casos de violência sexual, tortura, agressões ocorridas no ambiente doméstico ou familiar, bem como envolvendo crianças, adolescentes e idosos, contextos de vulnerabilidade estes que dificultam o acesso à justiça, sendo fundamental a atividade da Defensoria Pública também nesse âmbito. Alinhada com tais premissas protetivas, a LC nº 80/94, em seu artigo 4º, XVII e XVIII, elenca como funções institucionais da Defensoria Pública:

Art. 4º. [...]

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas (BRASIL, 1994, *online*).

Nesse diapasão, Fensterseifer (2017, p. 46), partindo de uma análise em sentido amplo acerca dos necessitados, destaca que, no contexto do direito penal, a condição de vulnerabilidade dessas pessoas sob o ponto de vista organizacional demanda a atuação defensorial a fim de nivelar a relação processual entre acusado/réu *versus* Estado, a exemplo da curadoria especial de réu preso revel e de réu preso citado por edital ou com hora certa, destacando que:

Explorando um pouco mais o tema, cabe ainda uma reflexão sobre a concepção de necessitado em sentido amplo sob a ótica individual, ou seja, situações em que a Defensoria Pública atua em favor de um único indivíduo independentemente da sua condição econômica. Para começar, vale destacar a exigência legal de defesa efetiva no processo penal, o que é desvinculado da condição econômica do réu sempre que o mesmo não constituir advogado particular. A referida previsão legal reconhece, em linhas gerais, a relação desigual de forças entre o indivíduo e o Estado-Acusador, bem como a decorrente situação de vulnerabilidade do primeiro, tornando imperativa a atuação da Defensoria Pública, de modo a atender ao devido processo legal e equilibrar a relação jurídica processual-penal à luz de um Sistema Processual- Penal Acusatório (tal como previsto na CF/88).

Do mesmo modo, tendo como enfoque as mulheres, no que se refere àquelas vítimas de violência doméstica e familiar, há que se mencionar a lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) que, ao criar mecanismos para coibir e prevenir tais violências, menciona a Defensoria Pública como órgão integrado ao conjunto de articulação das políticas públicas de assistência às mulheres, bem como dispõe em seu artigo 28 que “é garantido à toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado” (BRASIL, 2006, *online*). Sobre o mesmo tema, prossegue Fensterseifer (2017, p. 47):

Outra previsão legislativa bastante peculiar é o art. 28 da Lei ‘Maria da Penha’ de Proteção à Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar (Lei 11.340/2006) [...] Não, há, conforme se pode verificar na redação de tal dispositivo – muito embora a adoção equivocada pelo legislador da expressão ‘assistência judiciária’ –, qualquer

limitação subjetiva de ordem econômica para reconhecimento do direito à assistência jurídica às mulheres vítimas de violência doméstica, de modo similar ao que se constata nas hipóteses do réu criminal sem defesa e do réu cível revel citado por edital ou por hora certa. Importa, por esse prisma, registrar que a condição de necessitado em sentido amplo, pela ótica organizacional e dos grupos sociais vulneráveis, tem reflexos tanto na atuação individual quanto coletiva da Defensoria Pública, muito embora a contribuição mais relevante de tal entendimento esteja atrelada, sem dúvida, à atuação institucional na seara coletiva.

Outrossim, um caso emblemático, que teve como impetrante a DPU, foi a ordem de Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP concedida em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, ostentando a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade, e em nome das próprias crianças, buscando combater a cultura do encarceramento, marcada pela decretação de prisões preventivas de mulheres pobres e vulneráveis, vítimas do sistema seletivo que lhes aplica uma interpretação legal mais rigorosa da lei penal e processual penal, conduzindo-as a presídios mesmo quando a decretação de medidas cautelares diversas configura-se mais adequada.

O *writ* teve como base argumentativa o tratamento desumano, cruel e degradante ao qual essas mulheres são expostas durante a sua vivência no cárcere, privadas de cuidados médicos, pré-natal e pós-parto, de falta de estrutura para o desenvolvimento salutar de seus filhos, como berçários e creches, sofrendo diárias violações dos seus direitos fundamentais de individualização da pena, de vedação de penas cruéis e de respeito à integridade física e moral, revelando o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Por fim, o pleito defensorial de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar desse grupo de mulheres foi concedido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, nos seguintes termos:

Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto



perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes (BRASIL, 2018, *online*).

Desse modo, o trabalho da Defensoria Pública volta-se para o exercício da defesa plena perante o sistema de justiça e o enfrentamento das dificuldades e das violações de direitos sofridas por todos aqueles que integram contextos envolvendo Direito Penal e Penitenciário, seja o agente infrator ou a vítima da agressão por ele perpetrada, ambos expostos às vulnerabilidades proporcionadas pela realidade criminal brasileira, que vão desde o ato de violência em si, perpassando pelos procedimentos de averiguação do ilícito, até a inserção no sistema prisional, marcado por graves ofensas aos direitos humanos e fundamentais do ser humano.

#### *F. Na seara do Direito do Consumidor*

Com a promulgação da CF/88 a defesa do consumidor foi alçada à condição de direito fundamental e de princípio da ordem econômica, nos termos, respectivamente, dos artigos 5º, XXXII, e 170, V, reforçada em momento posterior, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, estabeleceu normas para sua proteção e defesa e, também ajustada a tais premissas consumeristas, a LC nº 80/94 em seu artigo 4º, VIII, elenca como função institucional da Defensoria Pública a defesa dos direitos do consumidor.

Certo é que as diversas vulnerabilidades que acometem o consumidor advêm da própria relação de consumo travada com o fornecedor, no seio da qual aquele se encontra em posição de desvantagem, pelo que se justifica a intervenção estatal na produção de normas cogentes que buscam reestabelecer o equilíbrio contratual. Ademais, haja vista a desigualdade de paridade de armas nessa relação, reconhece-se a presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor, conforme asseveram Tartuce e Neves (2018, p. 34):

Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, percebe-se uma discrepância na discussão e aplicação das regras comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma *condição jurídica*, pelo tratamento legal de proteção. Tal presunção é absoluta ou *iure et de iure*, não aceitando declinação ou prova em

contrário, em hipótese alguma. [...] Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade é *elemento posto* da relação de consumo e não um *elemento pressuposto*, em regra. O elemento pressuposto é a condição de consumidor (grifo do autor).

Tendo em vista que a vulnerabilidade do consumidor pode se dar de diversas formas - fática, técnica, jurídica ou informacional – dentro das relações sociais, a atuação da Defensoria Pública ganha destaque principalmente na propositura de ações coletivas para tutelar os interesses e direitos difusos e, conforme destaca Grinover (2008, *online*), antes mesmo da previsão legal expressa que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de demandas coletivas por meio de Ação Civil Pública - a qual se deu apenas com a lei nº 11.448/07 -, a fundamentação para o seu ajuizamento já advinha do artigo 82, III, do CDC combinado com o artigo 21 da lei da ACP. Nesse contexto, segue jurisprudência acerca do tema:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. 1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4.º, XI, da LC 80/94, bem como o art. 3.º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores. 2. APELAÇÃO PROVIDA (BRASIL, 2006, *online*).

Ademais, a instituição também tem atuação na seara individual tutelando direitos dos consumidores judicial e extrajudicialmente, tanto a nível preventivo, quanto proativo ou indenizatório a fim de educá-los sobre os direitos aos quais fazem jus, instruí-los a fim de recorrerem aos mecanismos de defesa quando for necessário, divulgar o arcabouço jurídico-normativo voltado para a proteção da coletividade e das relações de consumo, bem com atender as demandas consumeristas promovendo mediações, conciliações ou outro método extrajudicial cabível e ajuizando ações judiciais, como aquelas atinentes a revisionais de contratos, operadoras de planos de saúde, questões imobiliárias, litígios com instituições de ensino, entre outras (SCHWARTZ, 2016, *online*).

Nestes termos, diante da relevância e da alta demanda dos serviços prestados pela instituição no âmbito do direito consumerista, em regra, as Defensorias Públicas são estruturadas internamente, criando núcleos especializados de defesa do consumidor, que visam proporcionar um amplo e completo atendimento aos seus assistidos, a exemplo da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul que ao tratar das questões individuais e coletivas nessa seara, dispõe que:

As questões individuais podem ser orientadas no atendimento especializado do consumidor, realizado por Defensores Públicos em unidades da Defensoria em todas as regiões do Estado. Os direitos coletivos, que atingem toda a coletividade ou um grupo de pessoas, são tutelados também pelos Defensores Públicos, atuando o Núcleo de Defesa do Consumidor e Tutelas Coletivas (NUDECONTU) em casos de repercussão estadual (DEFENSORIA..., 2018, *online*).

Isto posto, tendo em vista a sua condição de socialmente vulnerável, o indivíduo que assume o polo mais frágil dentro da relação de consumo necessita de maior suporte estatal que lhe confira auxílio jurídico no saneamento de eventuais violações, arbitrariedades ou abusos praticados contra ele pelo fornecedor e que lhe tenham causado danos ou prejuízos, sejam eles físicos, materiais, morais ou psicológicos. Diante desse cenário, sempre que à Defensoria Pública for apresentada demanda referindo-se a direitos específicos ou gerais do consumidor individual ou de uma coletividade de consumidores, sua missão primordial é prestar orientação, suporte e auxílio jurídico, em caráter permanente, visando a máxima tutela de seus direitos e garantias.

### **3.3 – A Defensoria Pública como Garantia Institucional: caracterização e efeitos**

A importância conferida à Defensoria Pública pela Constituição Federal ao reconhecer o seu status de garantia fundamental decorre da essencialidade que lhe é atribuída enquanto função jurisdicional do Estado, bem como do que dispõe o seu artigo 5º, XXXV<sup>213</sup> que traz o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e reflete o comprometimento do Estado brasileiro na realização da justiça social ao criar aparelhos institucionais que viabilizem a consecução dessa máxima.

---

213 Art. 5º, XXXV, CF/88 - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Sendo a Defensoria Pública o instrumento direto e expressamente vinculado à promoção da justiça social, é também o meio pelo qual se estabelece a mediação jurídica entre o poder público e os indivíduos necessitados em busca da proteção de seus direitos e consequente integração e inclusão social deste grupo, pelo que se denota que:

Consoante as conexões existentes entre o Princípio da Justiça Social e a Defensoria Pública, tem-se que o primeiro situa-se como fundamento da segunda. Por fundamento entende-se nesse caso como a base principiológica que serve à compreensão da institucionalização da Defensoria Pública no sistema jurídico, incluindo-se o papel, a abrangência, a estruturação e os fins a ela destinados. Faz-se referência à base principiológica em razão de que os princípios são enunciados normativos que apresentam várias características e funções. Entre elas está, justamente, a de condensar as idéias centrais do sistema jurídico, dando-lhe sentido lógico, racional, harmonioso, e propiciando a compreensão da sua maneira de organizar-se (JUNKES, 2004, p. 544).

Igualmente, sendo a Defensoria Pública um instrumento essencial de acesso à justiça, confirma-se a sua posição jusfundamental, assumindo, enquanto órgão que tem como cerne realizar atividades assecuratórias dos direitos desse grupo de pessoas, a natureza de garantia constitucional proposta por Rui Barbosa.

Ademais, levando-se em conta a definição de garantia institucional decorrente dos estudos de Schmitt, há o reconhecimento do órgão defensorial enquanto garantia fundamental institucional, sendo possível concluir que:

A garantia institucional tem sido mais descrita, analisada e particularizada como um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida, vinculada sobretudo a uma determinada Constituição ou a um determinado regime político de organização do Estado do que em rigor definida ou vazada na solidez de um conceito, posto já fora de toda a controvérsia doutrinária. [...] A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza (BONAVIDES, 2004 p. 537).

Os postulados hermenêutico-constitucionais de busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, de consolidação dos objetivos fundamentais da República, bem como de resguardo dos princípios que norteiam a vida em sociedade, são axiomas que guiam a atividade da instituição e reforçam a sua missão por meio da prestação de um serviço público eficiente em prol da primazia da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Sarlet (2012, p. 447) destaca a importância do diálogo e da cooperação entre os órgãos estatais, aqueles que compõem o sistema de justiça e a sociedade a fim de promover a efetivação do princípio da máxima efetividade e assim potencializar a ampla garantia dos direitos fundamentais:

As observações precedentes, assim como a já apontada necessidade de interação entre o Poder Judiciário, outros órgãos estatais e a sociedade civil, apontam para a oportunidade das concepções que propõe a instauração de uma espécie de diálogo institucional, que, embora não possa, no nosso sentir, justificar uma exclusão do controle judicial, à feição de uma nova doutrina da separação dos Poderes, apresenta a faceta positiva, desde que bem manejado, de, mediante o aproveitamento máximo das capacidades institucionais de cada ator envolvido, auxiliar na promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Cumpre registrar, todavia, de que se cuida, de certo modo, de dar cumprimento ao dever de cooperação entre os órgãos estatais.

Sob o prisma do acesso à justiça, há que se destacar que a garantia do direito à assistência jurídica aos grupos vulneráveis, não se limita apenas a promover o acesso ao sistema de justiça em si, mas também se preocupa em alcançar uma igualdade jurisdicional na qual os indivíduos possam dispor de todos os meios à sua disposição para proteger, em todos os níveis, os seus direitos de forma justa e igualitária, contribuindo, dessa forma, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse aspecto, é oportuno mencionar a relevante contribuição da Defensoria Pública para a alteração da conformação habitual do direito substantivo das pessoas em situação de vulnerabilidade, a fim de proporcionar maior visibilidade a contextos fáticos atinentes a esse grupo social, dando voz às suas demandas e regulamentando questões que são cotidianas e diretamente afetadas a ele, a exemplo da participação da instituição no processo decisório em âmbito legislativo que ensejou o reconhecimento legal do direito de laje o qual, embora seja uma realidade que acompanha a formação dos centros

urbanos do país há anos, somente foi regulamentado e inserido no Código Civil no ano de 2017, por meio da lei 13.465.

Além disso, cumpre frisar que Watanabe (2009, p. 128), ao abordar o tema, dispõe que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*” (grifo do autor), bem como se vê oportuno mencionar a lição de Giudicelli (*online*):

Verifica-se, pois, a impossibilidade de se adotar qualquer exegese reducionista quanto ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que necessariamente deve buscar fazer frente a todos os obstáculos existentes à sua efetiva realização, sob pena de se fazer tábua rasa dos princípios e objetivos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988. Reitere-se aqui a necessidade de uma interpretação teleológica-sistemática dos supramencionados dispositivos constitucionais que propicie a ‘consecução das metas e dos objetivos fundamentais da República’, considerando as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, bem como atendendo-se ao postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Levando-se em conta os comandos constitucionais que dispõem sobre tal direito e confirmando os pensamentos doutrinários supramencionados, para Ramos (2019, p. 766) o acesso à justiça “é tido como de natureza *assecuratória*, uma vez que possibilita a garantia de todos os demais direitos, sendo oponível inclusive ao legislador e ao Poder Constituinte Derivado, pois é cláusula pétrea de nossa ordem constitucional” (grifo do autor).

Desse modo, sendo a Defensoria Pública uma instituição prestadora de assistência jurídica integral e gratuita, o seu status de garantia fundamental institucional dentro do sistema jurídico se coaduna com o direito à tutela jurisdicional que, juntamente com o princípio da proteção judiciária, busca garantir os direitos de ação e de defesa plena aos seus assistidos, em que pese sua atuação abranja contextos que vão além da seara judicial e do acesso formal ao Judiciário, englobando também questões extrajudiciais, orientações jurídicas e contenciosos administrativos, e, nessa senda, Silva (2005, p. 430) ensina que:

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a

principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV.

Logo, o sistema judicial deve configurar-se como um instrumento para a defesa efetiva dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade e hipossuficiência, em todos os seus espectros, devendo o poder estatal oferecer vias reais e efetivas para acessá-lo, permitindo que se possa sair do mero reconhecimento formal de tutela dos direitos e partir para a concretização de mecanismos que viabilizem materialmente a busca pela obtenção e resguardo do dito direito que se pleiteia.

Sendo assim, reconhecer que compete à Defensoria Pública a atribuição precípua de prestar assistência jurídica integral e gratuita enquanto instituição essencial à atividade jurisdicional do Estado revela-se verdadeira cláusula pétrea do ordenamento pátrio e isto porque a atuação defensorial garante exatamente o direito de acesso à justiça compondo, assim, a estrutura basilar do princípio da dignidade da pessoa humana, impossível de ser abolido do texto constitucional, conforme se depreende a seguir:

[...] O direito de acesso à Justiça faz parte do assim chamado mínimo existencial, núcleo essencial do princípio da dignidade humana, não podendo de forma alguma ser suprimido mediante reforma constitucional. Destarte, e embora se saiba que a proteção das cláusulas pétreas não abrange aspectos marginais do direito fundamental em questão, verifica-se que qualquer tentativa de se tirar da Defensoria Pública a incumbência de prestar assistência jurídica com exclusividade esbarra no núcleo essencial do direito de acesso à Justiça e, por consequência, no núcleo essencial do princípio da dignidade humana, vez que parte integrante deste (GIUDICELLI, *online*).

No mesmo enquadramento é o que preleciona Sarlet (2012, p. 565) que, ao sustentar que as cláusulas pétreas têm como função impedir a cessação dos princípios constitucionais, assevera que “as ‘cláusulas pétreas’ de uma Constituição não objetivam

a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional”.

Portanto, a Defensoria Pública enquanto garantia institucional está inserida no núcleo essencial imutável do Estado, somente admitindo alterações nos comandos constitucionais a ela atinentes caso tenham por finalidade ampliar sua atuação e seu alcance a fim de fortalecer o papel da instituição na promoção da cidadania e da redução das desigualdades socioeconômicas, merecendo destaque a lição que segue:

Desta forma, reafirma-se à exaustão: a Defensoria Pública e sua condição de cláusula pétrea determinada pelo constituinte originário exigem dos Poderes Constituídos obediência ao seu conteúdo normativo e ao seu significado constitucional, garantidor do acesso à Justiça por parte da população mais humilde, em estrita obediência não apenas aos dispositivos constitucionais já mencionados, mas, ainda, ao disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que consagra entre nós o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, base deste Estado Democrático de Direito (CÓRDOVA, 2012, *online*).

Não se pode perder de vista que os Defensores Públicos são agentes de transformação da sociedade, dando voz àqueles indivíduos que são silenciados e que historicamente permaneceram excluídos e marginalizados, vítimas de uma construção social amplamente desigual e violadora de direitos, onde poucos controlam os mecanismos de poder, concentram as maiores rendas e detêm alto padrão de vida enquanto a maior parcela populacional encontra-se na base da pirâmide social e, diante dessa realidade, se busca a tutela do direito ao mínimo existencial, essencial para a garantia da dignidade de todos. Sob essa ótica destacam Esteves e Silva (2018, p. 379):

Por serem todas as pessoas iguais em dignidade, a atuação funcional da Defensoria Pública deve garantir o respeito recíproco de cada pessoa à dignidade alheia, além de assegurar o respeito e a proteção da dignidade humana pelo Poder Público e pela sociedade em geral. Nesse âmbito de proteção fundamental da pessoa humana se inclui a tutela do mínimo existencial, que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas necessárias à subsistência digna e indispensáveis ao desfrute dos direitos em geral.



Segundo Fensterseifer (2017, *online*) "o acesso à justiça ou mesmo o *direito fundamental à assistência jurídica* titularizado pelas pessoas necessitadas, por sua vez, configura-se como 'elemento instrumental' do direito ao mínimo existencial" (grifo do autor), e isso se dá exatamente porque de nada serve a elaboração de um rol de direitos básicos que compõem o mínimo existencial a ser garantido a todos de forma isonômica se não há mecanismos para sua real efetivação nem tampouco são oferecidos meios para que as ameaças e as violações a tais direitos possam ser levadas ao Poder Judiciário.

Diante disso, considerando que o direito fundamental à assistência jurídica está integrado ao direito ao mínimo existencial, depreende-se da lição de Bitencourt Neto (2010, p. 269) que:

O acesso à justiça é parte relevante do direito ao mínimo para uma existência digna. Tal direito de demandar judicialmente o Estado nascerá quando, por algum motivo — falta de alimento, moradia, ensino básico, algum problema de saúde, entre outros — a dignidade da existência esteja em risco de não merecer o respeito a ela devido.

Por outro lado, para Amaral (2001, p. 184-185) é necessário atentar-se que a noção de mínimo existencial não pode ser analisada como algo pré-determinado, que está posto de forma padronizada e uniforme em todos os lugares e realidades sociais do país, de modo que é preciso considerar as peculiaridades de cada contexto regional para que sejam priorizados direitos básicos garantidores de uma existência minimamente digna dentro da realidade fática de um determinado grupo, conforme se depreende a seguir:

Em primeiro lugar, diferenciar um núcleo nomeado como 'mínimo existencial' ou como *status positivus* das liberdades fundamentais, que seria sempre exigível, de outros direitos, que vigeriam sob a reserva do possível gera uma grande dificuldade lógica. A terminologia empregada para a exigibilidade dos direitos induz a uma aplicação binária, exigível x não exigível, ao passo que a noção de mínimo existencial inclui enorme gradação, não existindo divisões nítidas. Ora, se não há divisão nítida, como saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não? O mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas e do Piauí? Se a resposta for positiva, então a

escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma 'condição' que afasta a exigibilidade 'incondicional'. A escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas. Certamente na quase totalidade dos países não se conseguiu colocar a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente (grifo do autor).

Destarte, sendo função da Defensoria Pública a irrenunciável promoção dos direitos fundamentais sociais aos mais vulneráveis e menos favorecidos, Torres (2009, p. 283-284) a insere no rol dos instrumentos político-sociais que propiciam a concretização do mínimo existencial e a promoção da igualdade de oportunidades, ao lado, entre outros, de boas escolas e hospitais, eficiente administração financeira e monetária e políticas públicas destinadas à erradicação da miséria.

Nessa ótica, ao tratar sobre assistência jurídica, Torres (2009, p. 269) ressalta que "é garantia do mínimo existencial, sob a forma de imunidade tributária, e compõe o *status negativus* do cidadão, juntamente com outras proteções para o acesso à justiça. Quanto à proteção positiva, exerce-se principalmente por intermédio das Defensorias Públicas", ou seja, a dimensão negativa vincula-se à isenção de custas e despesas processuais concedidas aos hipossuficientes enquanto a dimensão positiva está associada à atividade exercida pela Defensoria Pública enquanto instituição que presta assistência jurídica integral e gratuita a esse grupo social. Acerca de tais dimensões, Fensterseifer (2017, *online*) se manifesta no sentido de que:

[...] Do ponto de vista do titular do direito fundamental à assistência jurídica, tanto a dimensão negativa quanto a dimensão positiva (ou prestacional) assumem contornos normativos de um *direito subjetivo* acionável perante o Poder Judiciário frente a uma situação de omissão ou atuação insuficiente do Estado. No caso da dimensão positiva (ou prestacional) seria plenamente possível obrigar o Estado, tanto no plano federal quanto estadual, por intermédio do controle judicial a adotar as medidas necessárias à criação ou mesmo a estruturação adequada da Defensoria Pública.

O dever estatal de promover a implementação de medidas voltadas para a concretização do núcleo sólido do mínimo existencial, consistente no conjunto de bens e direitos indispensáveis à sobrevivência digna e humanizada do indivíduo deve ser pensado e estruturado também dentro da seara financeira e orçamentária, a fim de destinar corretamente recursos públicos que viabilizem a eficiência dos meios voltados para a sua efetiva proteção, afinal, caso contrário, se teria o esvaziamento de um projeto de promoção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, acerca do controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, Barcellos (2008, p. 137) afirma que:

A doutrina especializada visualiza na eficiência um dever geral de a Administração otimizar o emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis relevantes para o interesse público. É certo que os meios disponíveis não se resumem a recursos financeiros: eles envolvem tempo, urgência, recursos humanos, dentre outros ativos relevantes. Nada obstante, a economicidade – isto é: a relação custo/benefício sob uma perspectiva financeira – será sempre um aspecto importantíssimo a ser examinado no contexto da eficiência. [...] A possibilidade de controle da eficiência mínima das políticas públicas, antes de outros desenvolvimentos maiores e mais aprofundados, envolverá sobretudo o aspecto da economicidade, de modo a verificar o emprego adequado dos recursos no contexto das políticas públicas direcionadas (ou supostamente direcionadas) à realização dos direitos fundamentais. Esse controle, é claro, tem por objetivo principal eliminar as zonas de certeza negativa na matéria. Isto é: impedir – ou, no mais das vezes apenas punir, já que impedir em caráter preventivo nem sempre será viável – condutas claramente ineficientes ou mesmo a malversação criminosa do dinheiro público.

Conforme leciona Sgarbossa (2010, p. 133) a reserva do possível reflete a relevância do fator econômico na efetivação dos direitos sociais na medida em que sua conceituação está fundada “em *argumentos de ordem econômica*, tais quais *escassez e insuficiência de recursos*, bem como na *impossibilidade econômica* de adimplemento das obrigações concernentes à realização dos direitos sociais” (grifo do autor). Frise-se também o que aponta Sarlet (2012, p. 446) ao tratar sobre a máxima efetividade dos direitos sociais através de políticas públicas:

Importante é que se tenha presente que a busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais, em especial quando na esfera da ponderação e no caso do controle jurisdicional das políticas públicas e da efetivação dos direitos sociais (é preciso lembrar que direitos sociais na condição de direitos subjetivos não se confundem, como já tivemos oportunidade de enfatizar, com a figura das políticas públicas, embora as políticas públicas, em parte, objetivam a efetividade dos direitos sociais), por mais que deva levar em conta aspectos ligados ao princípio e dever de eficiência, não pode, em hipótese alguma, ser reduzida a uma análise de custo-benefício pautada por uma lógica utilitarista, refém de determinados modelos de análise econômica. Para além da preservação de uma sempre relativa, mas necessária autonomia da esfera jurídica, as limitações de tais modelos (a despeito de importantes contribuições para um melhor desempenho na realização dos fins estatais, em especial na esfera da proteção e promoção dos direitos fundamentais) não podem ser pura e simplesmente escamoteadas.

Em sua abordagem a respeito do mínimo existencial, Alexy defende que deve haver uma ponderação entre direitos fundamentais sociais *versus* questões político-financeiras e orçamentárias a fim de manter um equilíbrio entre a satisfatória concretização de tais direitos dentro de um Estado democrático e o controle dos gastos públicos para viabilizá-los, não sendo coerente falar em limitações à efetivação dos direitos sociais sob o puro argumento de restrições estatais decorrentes da reserva do possível, pois, como aponta:

Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica. [...] Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio

absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras (ALEXY, 2008, p. 512-513).

No cenário de efetivação das políticas públicas, o Poder Judiciário e demais órgãos de atuação a ele ligados detêm legitimidade para atuar e intervir na proteção de tais políticas, haja vista que, em que pese devam ser priorizadas dentro do projeto de governo, cabendo à Administração Pública a sua concretização compulsória, não raro são medidas tidas como secundárias e discricionárias dentro da gestão governamental e, assim, a omissão estatal acaba por ensejar a judicialização de tais questões e, a partir dessa transferência de responsabilidade entre os Poderes, surgem comandos, decisões e fiscalizações da atividade administrativa provenientes do Judiciário, visando o reestabelecimento da ordem social e da garantia de direitos (ARRUDA, 2012, *online*).

Acerca da contribuição da Defensoria Pública e do Ministério Público para alcançar um resultado prático de consolidação das políticas públicas, Arruda (2012, *online*) também destaca que:

As Instituições principais para a concretização das políticas públicas quando da omissão e inércia do órgão responsável pela primeira atitude são a Defensoria Pública e o Ministério Público, caracterizadas como Instituições Permanentes e Autônomas, na inteligência de suas Leis Orgânicas Nacionais (LC n. 80/94, LC n. 75/93 e Lei n. 8.625/93) e Essenciais à Justiça, entendida esta não apenas como Poder Judiciário, mas sim como Ordem Jurídica Justa, na proteção do regime democrático, dos interesses sociais, individuais, disponíveis e indisponíveis, de grupos sociais vulneráveis, dos necessitados, a primazia da dignidade da pessoa humana, ou seja, na proteção dos usuários efetivos e potenciais das políticas públicas que devem ser efetivadas compulsoriamente pelos Poderes Públicos, sem margem de discricionariedade quanto ao fazer ou não. [...] Em sendo assim, não havendo cumprimento de determinações, de comandos constitucionais, deve a Defensoria Pública, enquanto Órgão de proteção de direitos humanos, do Estado Democrático de Direito, e na proteção coletiva da sociedade vulnerável, agir e intervir no controle das políticas públicas.

Assim, levando-se em consideração o fato de que, conforme bem destaca Cunha Júnior (2009, p. 600), “inexiste discricionariedade administrativa quando se está diante de um direito fundamental”, é preciso adotar como prioridade os comandos constitucionais acerca das gestões de governo voltadas para a proteção de tais direitos, afinal suas normas são de cumprimento obrigatório, eficácia plena e aplicabilidade imediata dentro da conformação jurídico-normativa nacional, sob pena de haver grave retrocesso social e, nessa toada:

[...] A assistência jurídica não pode estar atrelada a uma disponibilização pontual e casuística do acesso à Justiça através da advocacia *pro bono* ou mesmo dativa (também denominada ‘de ofício’). Em vez do assistencialismo jurídico, é imperioso que tenhamos o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao fortalecimento de uma estrutura estatal jurídico-assistencial e também para sua atuação com eficiência (grifo do autor) (RESSUREIÇÃO, 2018, *online*).

Entrementes, atenta às funções e atribuições institucionais que lhes são destinadas, a Defensoria Pública enquanto expressão e mecanismo do regime democrático, exerce suas atividades em busca da efetivação de tais previsões constitucionais de proteção dos direitos fundamentais relacionados a políticas públicas de ampla repercussão na sociedade e, ao mesmo tempo, evitar a judicialização de tais questões, seja sob o viés social, político, econômico ou jurídico.

Nesse contexto, para que a Defensoria Pública possa exercer sua atividade institucional de modo plenamente efetivo, é primordial que haja o seu fortalecimento enquanto instituição pública, capaz de implementar planejamentos estratégicos que lhe permitam atingir os fins que lhes são incumbidos pela ordem constitucional. Para tanto faz-se necessário todo um plexo de ações e programas articulados pelo Estado que sejam direcionados ao fortalecimento do órgão defensorial e à realização de sua missão social através de uma atuação organizada, bem estruturada e eficiente, sendo as emendas constitucionais, as leis infraconstitucionais e todo o conjunto normativo que trata, ainda que por via reflexa, da instituição essenciais para tal fim, na medida em que formam um verdadeiro microsistema jurídico defensorial.

Sendo assim, cabe à Defensoria Pública priorizar o desenvolvimento de estratégias de atuação, debruçando-se para alcançar a plena qualidade do serviço prestado àqueles que integram o núcleo social vitimado pelas vulnerabilidades que marcam o cenário da população brasileira. Diante desse panorama institucional, Silva (2005, p. 220) reforça a relevância do órgão defensorial dentro do sistema jurídico e a

valorização que lhe deve ser conferida no âmbito das estruturas de poder estatal, afirmando que:

Cabe aos Defensores Públicos abrir os tribunais aos pobres, é uma missão tão extraordinariamente grande que, por si, será uma revolução, mas, também, se não cumprida convenientemente, será um aguilhão na honra dos que a receberam e, porventura, não a sustentaram.

Por fim, devem ser atribuídos à Defensoria Pública todos os instrumentos e garantias institucionais necessários para a consecução de sua missão, afinal, sendo ela a instituição pública por excelência destinada a desempenhar atividades essenciais à função jurisdicional do Estado, tem uma atuação pautada no princípio da máxima efetividade, visando a garantia de todo o complexo de direitos fundamentais, bem como em ampliar a promoção do acesso à justiça e arrefecer as desigualdades sociais a fim de compelir o retrocesso social e endossar os objetivos da instituição com eficiência e comprometimento social.

Isto posto, enquanto instituição dotada do status de garantia constitucional institucional, a Defensoria Pública deve ocupar o papel de protagonista que lhe cabe dentro da ordem jurídica pátria enquanto cláusula pétrea da ordem constitucional e equipamento de consolidação das bases democráticas estatais, haja vista ser elemento norteador da formação da República Federativa brasileira e expressão da primazia da dignidade da pessoa humana.

## **CONCLUSÃO**

O planejamento do poder público no sentido de direcionar e conduzir suas ações voltadas para o respeito e a tutela dos direitos fundamentais marcam uma estrutura de Estado cujos pilares estão consolidados na dignidade da pessoa humana e que visa estabelecer um conjunto de metas e diretrizes que resguardem amplamente os que se encontram dentro da sua esfera de proteção, sendo necessário para tanto a elaboração de normas jusfundamentais e a existência de instituições públicas que estimulem e promovam a aproximação entre o Estado e os indivíduos que o integram.

Tendo em vista ser a Defensoria Pública uma novel instituição integrante dessa estrutura estatal, sua implementação e conformação em todos os níveis federativos têm sido assinadas por uma trajetória lenta e de enfrentamento de grandes obstáculos no processo de sua consolidação, marcando seu status de resistência permanente dentro

do sistema de justiça na busca pelo fortalecimento de suas legitimidades e pelo reconhecimento de equiparações institucionais.

Esse intenso processo de construção da Defensoria Pública reforça ainda mais a sua relevância social e jurídica, tornando nítida a forte correlação com as agendas do acesso à justiça - que integra o direito ao mínimo existencial - e da mobilização jurídica voltada à proteção e à defesa da população que enfrenta contextos de vulnerabilidade, o que requer a materialização de um aparelhamento robusto que viabilize a prestação de assistência jurídica plena.

Nessa perspectiva, os contornos contemporâneos do panorama jurídico brasileiro, marcados pela judicialização, revelam que o sistema de justiça tem sido acionado de forma cada vez mais intensa a fim de solucionar conflitos e garantir a proteção de direitos, revelando ser primordial uma Defensoria Pública bem equipada, capaz de atender seus assistidos e funcionando como mecanismo efetivo na proteção de suas demandas, buscando atingir o patamar ideal de isonomia em que o acesso à justiça esteja ao alcance de todos.

Outrossim, considerando que aqueles insertos em um mesmo contexto social são sujeitos de direitos, em realidade o que se constata é que os que integram os múltiplos grupos vulneráveis são frequentemente vítimas da violação dos seus direitos e do conseqüente enfrentamento de barreiras que dificultam a sua defesa e preservação, devendo, por isso mesmo, receber maior atenção e proteção do Estado e da sociedade a partir de políticas estruturadas em bases jurídico-assistenciais amplas e efetivas.

Dúvidas não há, portanto, de que o direito fundamental de acesso à justiça não pode se restringir ao acionamento das estruturas do Poder Judiciário, pois, sendo dotado de vasta amplitude, cuja natureza assecuratória se revela como cláusula pétrea, e servindo de base para a garantia dos demais direitos fundamentais, também confere guarida a estes por meios extrajudiciais, a exemplo de conciliações e mediações, demandas coletivas e prestação de consultorias, abrangendo o aconselhamento, a informação e a orientação em assuntos jurídicos, atividades estas legalmente conferidas à Defensoria Pública.

Desse modo, a atuação crescente da Defensoria Pública voltada para operar em defesa dos grupos vulneráveis, individual ou coletivamente, bem como na utilização de meios extrajudiciais na resolução de conflitos, ultrapassa os limites da representação judicial dos necessitados, confirmando a assistência jurídica integral e gratuita a ser exercida pelo órgão decorrente de seu status de garantia institucional.

Como reflexo desse status de garantia institucional, o cumprimento do comando constitucional de prestação de assistência jurídica *lattu sensu* e sem ônus aos



necessitados engloba uma série de posições processuais dinâmicas que a Defensoria Pública é capaz de assumir, tanto em juízo quanto fora dele, afinal a sua atividade não pode ser atrelada a uma disponibilização pontual e casuística do acesso à justiça, sendo imperioso que se invista no desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao fortalecimento do modelo jurídico-assistencialista.

Oportuno pontuar que, partindo de uma interpretação teleológico-sistemática do texto constitucional que destina à Defensoria Pública o compromisso de desempenhar satisfatoriamente a proteção do direito fundamental de acesso à justiça, é possível identificar o seu caráter de garantia institucional, intermediando o contato dos grupos vulneráveis com o sistema de justiça, o qual, ressalte-se novamente, extrapola a órbita do simples acesso formal ao Poder Judiciário.

Essa atuação abrangente, portanto, está albergada na missão que rege a instituição defensorial de promoção da cidadania e de transformação social em todos os meios necessários para a sua execução, reconhecida tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional, que acaba por confirmar a sua jusfundamentalidade, assegurando o exercício de direitos e liberdades relevantes para a defesa da ordem jurídica pátria, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Levando-se em conta a natureza assecuratória do acesso à justiça, com destaque para a promoção da justiça social, o que se busca alcançar é um relevante progresso ligado à desconstrução das perpetuações de desigualdades já vistas com normalidade e naturalidade dentro da sociedade e, nesse sentido, o aporte prático que a atuação defensorial traz, permite enxergar as especificidades dessas desigualdades para então romper com o status de invisibilidade que é destinado aos grupos vulneráveis.

De fato, proporcionar mudanças reais e concretas na tutela dos direitos fundamentais deste tecido social, desenvolvendo políticas de enfrentamento às opressões e marginalizações a que são submetidos, é retirar-lhes também uma parcela do peso de carregar o estigma de uma condição que não escolheram, mas que lhes foi imposta.

Sendo órgão primordial para a consolidação dos alicerces democráticos nacionais, a Defensoria Pública possui objetivos, funções e prerrogativas alinhados com os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil constantes na Lei Maior, a fim de facilitar a harmonização do ordenamento jurídico e proporcionar a garantia da ampla e completa atuação dos membros da instituição no exercício das suas atividades, primordialmente a de promoção do acesso à justiça dos seus assistidos.

Nesse âmbito do cumprimento da missão institucional reservada à Defensoria Pública pela Constituição Federal, a assistência jurídica por ela prestada a partir do modelo *salaried staff* relaciona-se intrínseca e diretamente à ideia de cidadania e de igualdade material, no sentido de inserir todas as pessoas na estrutura do Estado e permitir que todas elas, como parte integrante e inseparável deste, possam acessar pelos mesmos meios os mecanismos disponíveis dentro do aparato estatal que visam proporcionar a prevenção, a efetivação e a tutela de seus direitos e garantias.

Assim sendo, a partir deste trabalho foi possível constatar que a Defensoria Pública representa um verdadeiro recurso à perspectiva do resguardo e da efetiva garantia de direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade, combatendo o retrocesso e as desigualdades sociais e contribuindo para o avanço da construção de uma sociedade pautada na dignidade da pessoa humana.

Ademais, o processo de abertura do acesso dos necessitados aos instrumentos de defesa e garantia dos seus direitos precípuos representa um marco civilizatório na construção de uma soberania popular no Brasil e, sem dúvidas, a Defensoria Pública, enquanto instituição, ao assumir esse papel de garante dentro do sistema jurídico, protagoniza e se manifesta como símbolo máximo de um movimento revolucionário e de significativas renovações nos moldes da organização política, jurídica e social, consubstanciando-se em verdadeira garantia institucional implícita e explícita, como parte do bloco de constitucionalidade brasileiro, a demandar sua máxima efetividade.

Assim, conclui-se que a Defensoria Pública é a instituição *pro societate* por excelência, na medida em que, enquanto instituição essencial à tutela do direito-garantia de acesso à justiça, consegue chegar às camadas sociais mais sub-humanizadas e negligenciadas e proporcionar à esse tecido social o que há de mais basilar na existência humana que é gozar dos direitos mínimos à uma vida digna, revelando a sua imprescindibilidade dentro das estruturas do poder público e a importância do seu fortalecimento na ordem jurídica nacional, ensejando reflexos positivos e necessários nos múltiplos contextos das relações em sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

ARRUDA, Ígor Araújo de. **Defensoria pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental**. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/defensoria-publica-na->

concretizacao-de-politicas-publicas-um-controle- da-aparente-discrecionaliedade-administrativa-governamental/. Acesso em: 23 nov.2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático**. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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: 20 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 1.068, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 23 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 69, de 29 de março de 2012**. Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc69.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **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. Brasília. 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: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.** Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L1060compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060compilada.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília. 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: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 18 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, de 4 a 6 de março de 2008.** Brasília. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 45727/RR** – Brasília. Relator: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 10/06/2014. Data de Publicação: 24/06/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LAURITA+VAZ%22%29.MIN.&processo=45727&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 140.** Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Terceira Seção, em 18.05.1995, DJ 24.05.1995, p. 14.853, Brasília, DF. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010\\_10\\_capSumula140.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf). Acesso em: 11 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4636** – Brasília. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 12/06/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/atuacao-defensor-registro-oab.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641/SP** – Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 20/02/2018. Data de Publicação: 09/10/2018. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 421** - Brasília, 27 a 31 de março de 2006. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo421.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 784** - Brasília, 4 a 8 de maio de 2015. Disponível em:  
<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo784.htm> Acesso em: 12 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70014404784** – Erechim/RS. Relator: Araken de Assis. Data de Julgamento: 12/04/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 29 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607884/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 19 ago. 2019.

CÓRDOVA, Haman Tabosa de Moraes e. **Defensoria Pública é Cláusula Pétreia da Constituição**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-21/haman-tabosa-defensoria-publica-clausula-petrea-constituicao>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CUNHA JUNIOR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2009.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Defesa do Consumidor: Como a Defensoria Pública pode Ajudar o Cidadão**. 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/defesa-do-consumidor-como-a-defensoria-publica-pode-ajudar-o-cidadao>. Acesso em: 28 out. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982010/cfi/6/10!/4/4@0:21.3>. Acesso em: 26 ago. 2019.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Assistência jurídica aos necessitados integra direito ao mínimo existencial**. 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-abr-25/tribuna-defensoria-assistencia-juridica-integra-direito-minimo-existencial#\\_ftn13](https://www.conjur.com.br/2017-abr-25/tribuna-defensoria-assistencia-juridica-integra-direito-minimo-existencial#_ftn13). Acesso em: 28 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975937/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>. Acesso em: 26 ago. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/cfi/4!/4/4@0:00:10.7>. Acesso em: 06 nov. 2019.

FRANCO, Glauce; MAGNO, Patrícia (Brasil) (Org.). **I Relatório Nacional de Atuação em prol de Pessoas e/ou Grupos em Situação de Vulnerabilidade**. Brasília: ANADEP, 2015. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro\\_Relat\\_rio\\_de\\_Atua\\_es.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Relat_rio_de_Atua_es.pdf). Acesso em: 14 out. 2019.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **A Defensoria Pública Enquanto Garantia Fundamental Institucional - Releitura do Papel da Defensoria Pública no Cenário Jurídico Brasileiro**. [20--

J. Disponível em:

[https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/17278/A\\_Defensoria\\_P\\_blica\\_enquanto\\_direito\\_fundamental\\_institucional.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/17278/A_Defensoria_P_blica_enquanto_direito_fundamental_institucional.pdf). Acesso em: 18 nov. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor. O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. **Consulta, com pedido de parecer, em nome da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADep, a respeito da argüição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública**. 2008.

Disponível em:

<https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010.

JUNKES, Sérgio Luiz. **O Princípio da Justiça Social como fundamento da Defensoria Pública**. 2004. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/378/321>. Acesso em: 25 nov. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti; CRUZ, Ana Carolina Sales Cordeiro da; MINEIRO, Mirna Nunes. A Dignidade do Homem em Pico Della Mirandola e Immanuel Kant: Uma Análise da sua Influência sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Atualidade. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**. Ano 14, Vol, 2, nº 28. Fortaleza: Instituto dos Magistrados do Ceará, Jul.-Dez de 2010, pp. 53-73.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana. **Defensoria Pública**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/lista/68773602-defensoria/arquivo/26821516-frederico-rodrigues-viana-de-lima-defensoria-publica-2015>. Acesso em: 26 ago. 2019.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984670/cfi/6/2!/4/2/2@0:20.2>. Acesso em: 13 out. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/cfi/6/10!/4/6/2@0:80.2>.

Acesso em: 19 ago. 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do.

**Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982843/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>.

Acesso em: 19 ago. 2019.

MELLO, Germana; GUIMARÃES, Virgínia Totti. **O Direito Indigenista sob o viés do Integricionismo: Uma análise do Direito como ferramenta de imposição de cultura**. 2018.

Disponível em: [http://www.puc--rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2018/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-%20Germana\\_Mello.pdf](http://www.puc--rio.br/pibic/relatorio_resumo2018/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-%20Germana_Mello.pdf). Acesso em: 11 out. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição**. Disponível em:

<http://pt.slideshare.net/demell/defensoria-pblica-da-unio-principios-institucionais-garantias-e-prerrogativas-dos-membros-felipe-caldas-menezes>. Acesso em: 18 set.2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/cfi/6/10!/4/4@0:8.79>. Acesso em: 19 ago. 2019.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. Lisboa: Edições 70, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em:



<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020090/cfi/6/10!/4/6/2@0:100>.  
Acesso em: 20 ago. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Manuel de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5496-3/first>. Acesso em: 19 ago. 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981297/cfi/6/10!/4/6/2@0:0>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PAIVA, Caio Cezar. **Prática Penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972233/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>. Acesso em: 26 ago. 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984984/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 13 out. 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600274/cfi/3!/4/4@0.00:58.3>. Acesso em: 19 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Tema de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/cfi/4!/4/4@0.00:8.04>. Acesso em: 19 ago. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609802/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 20 ago. 2019.

RESSUREIÇÃO, Lucas. **Assistência jurídica e a atuação planejada e estratégica da Defensoria Pública**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/tribuna->

defensoria-assistencia-juridicae-atuacao-estrategica-defensoria-publica. Acesso em: 28 nov. 2019.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. **A Dignidade da Pessoa Humana em Immanuel Kant**. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>. Acesso em: 19 ago. 2019.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública: Fundamentos, Organização e Funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479894/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 26 ago. 2019.

ROCHA, Jorge Bheron. **O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional**. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado. (Coord.). Os Novos Atores da Justiça Penal. Coimbra: Almedina, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/cfi/4!/4/4@0.00:4.34>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad.: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Org.: Leonardo Martins. Trad.: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Berlin, 2005.

SCHWARTZ, Fabio. **A Defensoria Pública e a Proteção dos (hiper)vulneráveis no Mercado de Consumo**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/protecao-hipervulneraveis-mercado-consumo>. Acesso em: 28 out. 2019.

SEMINÁRIO **Reforma da Justiça no Brasil uma Década de Desafios e Conquistas em uma Perspectiva Latino-Americana: Contribuição à Plataforma para Democratização do Sistema de Justiça em Horizontes Estratégicos Intersectoriais**. 2015. Disponível em: [https://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Documento-Final\\_revisado-27jan.pdf](https://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Documento-Final_revisado-27jan.pdf). Acesso em: 14 out.2019.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Volume 1**. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade Processual no Novo CPC**. 2016. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 04 set. 2019.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530978426>. Acesso em: 24 out. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio**. 2000. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm). Acesso em: 19 ago. 2019.

WATANABE, Kazuo. **Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009 (Caderno de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009: módulo 6).