

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1075

(Ano XIV)

(12/03/2022)

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)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



**Bastam os indícios de autoria e prova da materialidade para levar o indivíduo a júri: nova injustificada e ilegal negativa de vigência à lei**

*Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 07.*

### ARTIGOS

**A Defensoria Pública na defesa do consumidor contra os principais atos abusivos de planos de saúde.**

*Rodrigo Gomes de Freitas Pinheiro, 15.*

**O Ministério Público como instituição essencial à existência de um processo justo**

*Juliano Carvalho Atoji, 26.*

**Valoração Das Provas: O Standard Probatório no Direito Processual Penal Brasileiro Contemporâneo**

*Jose Italo Santos Prestes e João Arthur Anastacio de Oliveira, 48.*

**Partido nazista, saudação nazista, uma nova etapa da corrosão da democracia brasileira**

*Adel El Tasse, 61.*

**Estudo teórico e prático da usucapião individual de bem imóvel e atuação da Defensoria Pública**

*Rodrigo Gomes de Freitas Pinheiro, 64.*

**A política de desenvolvimento urbano e sua relação com o direito fundamental de moradia**

*Mikaelly Gomes Feitosa Silva, 81.*

**O sigilo absoluto nas mídias digitais.**

*Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 103.*

**Os direitos da personalidade conceituação e sua atuação na prática forense defensorial**

*Rodrigo Gomes de Freitas Pinheiro, 127.*

**A eficiência da justiça e os acordos de não persecução penal: o momento da proposta**

*Juliano Carvalho Atoji, 140.*

**A jurisdição política do Supremo Tribunal Federal**

*Eder Jose Pacheco, 161.*

**Possibilidade de Exclusão de Sócio Minoritário pelo Fim da "Affectio Societatis"**

*Joao Victor Ferreira Olszenski, 176.*

**O fornecimento e uso de dados de monitoramento eletrônico para fins de investigação criminal, dependem de ordem judicial?**

*Joaquim Leitão Júnior, 194.*

**Interceptação telefônica: importância no processo penal como meio de prova**

*Kamila Pereira Martins, 199.*

**O Instituto da Recuperação Judicial Previsto na Lei 11.101/05**

*Jessica Luciano de Almeida, 220.*

**Fashion Law e a Propriedade Intelectual**

*Joao Victor Ferreira Olszenski, 236.*

**A superveniência de lei que extingue cargos públicos: o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público em face da discricionariedade da Administração Pública**

*Suzana Maurício Nogueira, 276.*

**Positivação da pejetização e violação do princípio da primazia da realidade**

*Lara Caxico Martins, Júlia Leal Martins Dias e Luiz Celso Soares Pinto, 306.*

## **BASTAM OS INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE PARA LEVAR O INDIVÍDUO A JÚRI: NOVA INJUSTIFICADA E ILEGAL NEGATIVA DE VIGÊNCIA À LEI**

**SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:** Procurador Federal; Concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduou-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos.

### **1. INTRODUÇÃO**

Algumas decisões dos tribunais brasileiros enojam, isso no sentido de provocar tristeza profunda, semelhante àquela que gera a licença nojo, em face do luto pela perda, por exemplo, de ascendente ou descendente (CLT, art. 473, inc. I). Isso já mencionei noutras publicações.

No caso vertente, menciono absurda declaração de inconstitucionalidade às avessas, feita pela 1ª Turma do STF, *in verbis*:

**EMENTA:** Processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Sentença de Pronúncia. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fatos e provas. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que bastam a prova da materialidade e os indícios da autoria para levar o indivíduo a julgamento pelo Tribunal do júri, uma vez que as dúvidas quanto à certeza do crime e da autoria deverão ser dirimidas durante o julgamento perante aquele tribunal, já que a sentença de pronúncia não faz juízo definitivo sobre o mérito das imputações e sobre a eventual controvérsia do conjunto probatório. Nesse sentido: HC 95.549, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia. 2. Para chegar à conclusão diversa das instâncias antecedentes, seria necessário o reexame do conjunto

fático-probatório dos autos, o que não é possível na via restrita do *habeas corpus*. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>1</sup>

A 1ª Turma do STF não pode declarar inconstitucionalidade de lei. Ainda que a decisão seja unânime, como foi a transcrita, não terá o *quorum* mínimo, exigindo a remessa ao Plenário do STF.

Dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

.....  
Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art.

---

<sup>1</sup> STF. 1ª Turma. HC 207.503 AgR. Min. Roberto Barroso, julgamento 14.2.2002, DJe 17.2.2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759215530>>. Acesso em: 7.3.2022, à 7h.

74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

Somente a dúvida autorizará a pronúncia do acusado, não devendo o juízo do tribunal do júri expor eventual certeza sobre a prática do crime pelo pronunciado, a fim de evitar o induzimento do povo, o qual, por intermédio do conselho de sentença, será o *iudicium causae*, o que se infere do art. 413, § 1º, do CPP.

O art. 414 transcrito versa sobre a impronúncia, o qual não traz maiores complicadores, mas a decisão nega ao Juiz o poder de absolver sumariamente (art. 415) ou de fazer operar a desclassificação (artigos 418 e 419). De uma forma peculiar, o STF declara a inconstitucionalidade de tais artigos.

## **2. A DENÚNCIA E A QUEIXA DEVEM NARRAR CRIME NÃO APENAS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DE EVENTUAL CRIME**

A petição inicial em matéria criminal será uma denúncia, elaborada por Membro do Ministério Público, ou uma queixa, elaborada por Advogado, essa na ação criminal de iniciativa privada. Ocorre que a doutrina e a jurisprudência informam que para os momentos de oferecimento da denúncia e da decisão de pronúncia, são suficientes os indícios de autoria e a prova da materialidade.

Com Afrânio Silva Jardim rejeitamos essa posição da doutrina dominante, afirmando:

Aqui nos parece residir o equívoco maior, pois a divisão da infração penal em elementos ou requisitos tem uma finalidade meramente metodológica na ciência penal. O crime é um todo indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida a sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, este “todo indivisível”. Qualquer presunção, neste particular, somente pode ser reconhecida se estiver determinada na lei, o que não ocorre no Direito dos povos cultos.<sup>2</sup>

E, sendo ainda mais claro:

Desta maneira, sustentamos enfaticamente que a acusação penal deve “alegar” (rectius, atribuir ao réu) não só um fato típico mas

---

<sup>2</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 207.

também a sua ilicitude e reprovabilidade. A tipicidade é tomada aqui tanto no seu aspecto objetivo como subjetivo (dolo).<sup>3</sup>

O CPP preceitua:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O sistema da nossa processualística criminal é *misto*, sendo a fase da investigação criminal *inquisitiva*, enquanto a judicial será acusatória, o que significa que uma parte acusará, a outra se defenderá e um terceiro (Juiz), decidirá. Com isso, a iniciativa oficial prevista no artigo transcrito deverá ser excepcional e supletiva.

Com propriedade, Damásio Evangelista de Jesus afirmava:

O delito é um todo, não podendo ser dividido em partes, como se fosse uma fruta cindida em pedaços. O crime é um fato a que se agregam características. Pode-se falar, então, em requisitos ou características do delito, não em elementos.<sup>4</sup>

No entanto, com base em perspectivas simplistas, bancas examinadoras de concursos públicos consideram correto afirmar que para o recebimento da denúncia e para a decisão de pronúncia são suficientes os elementos objetivos do crime, eventual excludente de ilicitude ou culpabilidade deverão ser provados no curso do processo.

Obviamente, em situações grosseiras, se admite flexibilizar, como, por exemplo, eventual denúncia contra menor de 18 anos será rejeitada e os autos encaminhados à Vara da Criança e do Adolescente para o procedimento próprio perante o juízo competente. Ocorre que não deve ser assim.

### **3. IN DUBIO PRO REO E IN DUBIO PRO SOCIETATE**

---

<sup>3</sup> Ibidem. p. 210.

<sup>4</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 152.



Afirma-se que o *in dubio pro reo* (a dúvida se revestirá em favor do réu) é um verdadeiro princípio da processualística criminal, isso porque ela se orienta pela verdade material e pelo princípio *favor rei*. No entanto, a fase postulatória do procedimento, prevalecerá o *in dubio pro societate* (a dúvida se revestirá em prol da sociedade).

O procedimento dos crimes dolosos contra a vida (júri), é composto de duas fases. A primeira fase, *iudicium accusationis*, se dará perante o juízo do tribunal do júri, na qual o Juiz singular verificar a plausibilidade da acusação. Sendo plausível, ele pronunciará o acusado e o remeterá ao povo (*iudicium causae*). No entanto, se o Juiz se convencer da inexistência de indícios de autoria ou da prova da materialidade, deverá impronunciar o réu. Podendo ainda, tendo certeza, o absolver sumariamente ou desclassificar para crime menos grave da competência do júri e, até, fazer operar *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli* (CPP, artigos 383-384 e 418-419) para remeter a outro juízo.

A decisão de pronúncia, na redação original do CPP era denominada de *sentença de pronúncia*. Ocorre que ela não é sentença em sentido estrito, sendo uma decisão interlocutória mista em que o Juiz encerra uma fase do processo. Assim, diz-se que ela se orienta pelo *in dubio pro societate*, ou seja, estando em dúvida o Juiz deverá pronunciar o acusado.

Houve um caso famoso em que alguns rapazes, sendo um adolescente, queimaram um silvícola em uma praça de Brasília. A então Juíza Titular da Vara do Tribunal do Júri fez operar a desclassificação, decisão que foi mantida pelo TJDF.T.5 No entanto, em sede de recurso especial, o STJ decidiu:

**EMENTA:** PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 400-STF. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVALORAÇÃO E REEXAME DO MATERIAL COGNITIVO.

---

5 TJDF.T. 2ª Turma Criminal. RSE n. 1.826/1997:

**EMENTA:** PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DOLOSO. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÕES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE. PRETERDOLOSO.

Se a intenção dos agentes foi o de provocar um susto na vítima, ao acordar com o pano que cobria as suas pernas em chamas e não o de causar a sua morte, diante fazerem-se presentes uma conduta dolosa – atear fogo -, e outra culposa – a morte -, derivada da violação do dever de cuidado, resta configurado o crime preterdoloso que impõe se desclassifique a imputação de homicídio doloso para lesões corporais seguidas de morte. (*in* STJ. 5ª Turma. REsp n. 192.049-DF – 98/76411-9. Min. Felix Fischer. Julgamento, em 9.2.1999. Relatório, p. 11. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199800764119&dt\\_publicacao=01/03/1999](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800764119&dt_publicacao=01/03/1999)>. Acesso em 7.3.2022, às 10h24)

I - Embora o Ministério Público, na esfera criminal, não possua o benefício do prazo em dobro, a sua intimação, entretanto, é sempre pessoal, na pessoa do agente do "parquet" com atribuições para recebê-la e não na de funcionário da Instituição (cfe. art. 41, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993, art. 18, inciso II, alínea "h" da LC 75/1993 e art. 370 § 4º do CPP).

II - É de ser reconhecido o "prequestionamento" quando, no acórdão recorrido, a "quaestio iuris" está suficientemente ventilada juntamente, ainda, com dispositivos legais pertinentes.

III - A Súmula n. 400-STF não é óbice para o recurso especial e, "in casu", concretamente, ela seria inaplicável.

IV - A decisão, na fase da pronúncia, aprecia a admissibilidade, ou não, da acusação, não se confundindo com o denominado "iudicium causae".

V - A desclassificação, por ocasião de "iudicium accusationis", só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano.

VI - Na fase da pronúncia (*iudicium accusationis*), reconhecida a materialidade do delito, qualquer questionamento ou ambiguidade faz incidir a regra do brocardo "in dubio pro societate".

VII - Detectada a dificuldade, em face do material cognitivo, na realização da distinção concreta ente dolo eventual e preterdolo, a acusação tem que ser considerada admissível.

Recurso conhecido e provido.<sup>6</sup>

Se os recursos especial e extraordinário não se prestam ao reexame da prova, obviamente o STJ violou a sua Súmula 7 ao remeter o caso ao julgamento do tribunal do júri, visto que o exame da prova foi feito pela Juíza do Tribunal do Júri de Brasília e a decisão, no mérito, foi confirmada pela 2ª Turma Criminal de Brasília.

---

6 STJ. 5ª Turma. REsp 192049/DF (1198/0076411-9). Min. Felix Fischer. Julgamento, em 9.2.1999. DJ 1.3.1999, p. 367. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199800764119&dt\\_publicacao=01/03/1999](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800764119&dt_publicacao=01/03/1999)>. Acesso em: 7.3.2022.

Tendo o Juiz absoluta certeza da inexistência de *necandi animus* deve fazer operar a desclassificação. Nesse sentido:

EMENTA: Recurso em sentido estrito. Homicídio doloso. Pronúncia. Elemento subjetivo. Fundamentação. Atropelamento. Prática de “pega” em via pública.

1. Deve o juiz, ao pronunciar o réu por homicídio, indicar os elementos que o convenceram de ter ele agido dolosamente.
2. Na inexistência de prova de que o agente tenha consentido ou se conformado com a morte da vítima, atropelada com seu veículo durante “pega” em via pública, quando desenvolvia velocidade excessiva para o local, afasta-se a competência do tribunal do júri para o julgamento por não se tratar de homicídio doloso.<sup>7</sup>

A ideia de que o Juiz deve zelar para que não seja afastada a competência constitucional dos jurados,<sup>8</sup> não deve ceder lugar a levar todos os fatos às incertezas do tribunal popular. Sobre isso, tratando da classificação tripartida das infrações criminais, Basileu Garcia afirmou:

Na França, por exemplo, os crimes são julgados pelo júri, os delitos competem aos tribunais correccionais e as contravenções, aos tribunais de polícia. Contraditoriamente, os delitos, apesar de menos graves que os crimes, são apreciados com maior rigor, sem as incertezas comuns na justiça popular. Daí o frequente uso, pela magistratura, do “expediente oficioso da correccionalização”, ou seja a desclassificação de crimes, algo forçada, para delitos, pelo não reconhecimento de indissimuláveis circunstâncias agravadoras da ocorrência *sub judice*.<sup>9</sup>

---

7 TJDF. 2ª Turma Criminal. RSE n. 1999.01.1.057132-5. Desembargador de Justiça Getúlio Pinheiro. Julgamento, em 7.6.2001. Disponível em: <[https://www.tjdft.jus.br/institucional/gestao-do-conhecimento/centro-de-memoria-digital/documentos/jurisprudencial/copy\\_of\\_141359.pdf](https://www.tjdft.jus.br/institucional/gestao-do-conhecimento/centro-de-memoria-digital/documentos/jurisprudencial/copy_of_141359.pdf)>. Acesso em: 7.3.2022, às 11h.

8 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1229.

9 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v.1, t. 1, p. 198.

Em tempos em que as incertezas fazem “é o caos que é regra”,<sup>10</sup> temos que tomar muito cuidado com soluções simplistas que hipervalorizam a remessa de casos que envolvam mortes ao júri.

Os discursos de ódio e as intolerâncias que grassam em nosso meio tornam o tribunal do júri um ambiente de grande risco para aplicação de penas severas e descabidas.

#### **4. CONCLUSÃO**

Não podemos nos olvidar de que o momento é de grande intolerância social, tornando o tribunal do júri severo. Isso tenho constatado na prática da advocacia criminal que exerço.

O tribunal do júri deveria se orientar pelo *in dubio pro reo*. Não tem sido assim. O povo tem optado pelo *in dubio pro societate*, sendo difícil alterar a sua decisão em sede recursal, em face da soberania do veredito do tribunal popular.

O exposto nos leva a refutar arestos simplistas como aquele que nos estimulou à construção deste artigo, visto que não se pode negar eficácia aos dispositivos legais que autorizam a impronúncia, a absolvição sumária e a desclassificação.

---

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 58.

## **A DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DO CONSUMIDOR CONTRA OS PRINCIPAIS ATOS ABUSIVOS DE PLANOS DE SAÚDE.**

**RODRIGO GOMES DE FREITAS PINHEIRO:**

Defensor Público do Estado do Maranhão desde 2011, titular no 4º Ofício Núcleo Forense Cível e Fazenda Pública.

**RESUMO:** Atuação da Defensoria Pública contra os principais abusos de direito decorrente dos contratos de adesão de consumo em face das operadoras de plano de saúde. Arcabouço normativo protetivo ao consumidor, como instrumento inicial para combater cláusulas abusivas e condutas ilegais realizadas pelas operadoras de plano de saúde contra o consumidor em situações mais comuns na prática forense da Defensoria Pública.

**Palavras Chaves:** Defensoria Pública. Acesso à Justiça. Direito do Consumidor. Abuso de Direito. Operadoras de plano de saúde.

**ABSTRACT:** Action by the Public Defender against the main abuses of rights arising from consumer adhesion contracts against health plan operators. Protective normative framework for consumers, as an initial instrument to combat abusive clauses and illegal conduct carried out by health plan operators against consumers in more common situations in the forensic practice of the Public Defender's Office.

**Keywords:** Public defense. Access to justice. Consumer Law. Abuse of Rights. Health plan operators.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO 2. ARCABOUÇO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 3. PERÍODO DE CARÊNCIA E A DESNECESSIDADE NOS CASOS DE EMERGÊNCIA E URGÊNCIA 4. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, SOB ALEGATIVA POR NÃO ESTÁ NA LISTA DA ANS – ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO 5 CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### **1 INTRODUÇÃO**

Será tratado, neste artigo, a atuação da Defensoria Pública em defesa dos consumidores contra atos abusivos de operadoras de serviço de plano de saúde. Trata-se de uma prestação de serviço, em uma relação de consumo em que existe um contrato na modalidade de adesão. Por este motivo, está o assistido da Defensoria Pública protegido pelo Código de Defesa do Consumidor. Este visa estabelecer uma relação de equilíbrio entre os contratantes, vedando os abusos e garantindo os direitos daqueles menos favorecidos na relação de consumo, que é o consumidor.

Nessa relação contratual é, na maioria das vezes, bem onerosa ao consumidor, principalmente o assistido da Defensoria Pública. Devido haver uma prestação periódica

do consumidor, que tem o dever de pagar a mensalidade à operadora do plano de saúde. Determinado valor faz falta ao consumidor, o qual cada dia mais se sente apertado com as suas despesas. Tal valor, inclusive, poderia ser aplicado na melhoria de sua alimentação, moradia, educação, previdência, poupança e outros benefícios da sua qualidade de vida.

Mas isso não acontece, pois o consumidor paga com muito sacrifício o plano de saúde mensalmente na expectativa de receber um serviço com qualidade e presteza, porém quando este necessita que a operadora lhe ofereça a devida prestação de serviço, lhe é muitas vezes sonogado tal serviço sob argumentos diversos, desde o período de carência a não constar tal procedimento médico no plano escolhido pelo consumidor.

Os principais empecilhos alegados pelos planos de saúde são as situações fáticas com as quais geram a necessidade de judicialização de demandas pela Defensoria Pública, objeto que será tratado neste artigo. Tais operadoras de plano de saúde, na realidade, praticam verdadeiros abusos de direito, e, como consequência, acabam violando as normas que garantem a proteção ao consumidor do plano de saúde. Portanto, a judicialização de tais demandas pela Defensoria Pública não é só necessária do ponto de vista jurídico, violação de normas legais, mas também sob os aspectos humanos. É medida garantidora da dignidade da pessoa humana, já que afeta diretamente um bem maior do sujeito, sua saúde e até mesmo, se não houver uma resposta rápida, sua vida em face a supostas cláusulas contratuais, que serão anuladas pelo poder judiciário, bem como reparado os danos que, porventura, hajam causado ao consumidor.

## **2 ARCABOUÇO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

O Código de Defesa do Consumidor assegura, em seu artigo 6º, os direitos básicos e do consumidor, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

I — a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

(--)

VI — a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (g.n);

VIII — a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (g.n).

Neste caso, ao consumidor possui inafastável direito à inversão do ônus probatório, a fim de ver facilitada a defesa de seu direito ante sua hipossuficiência técnica e econômica, muitas vezes é colaborado com ausência de lastro probatório da negativa do procedimento médico não autorizado pela operadora do plano de saúde.

Sobre esse direito obrigacional envolvido nas demandas ajuizadas pela Defensoria Pública, aplica-se também, como instrumento de defesa, o Código Civil, que estabelece em seu artigo 424: nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. E nesse mesmo sentido, diz o Código de Defesa do consumidor:

Art. 51.º. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos;

IV — Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

A incidência do art. 47 do CDC, que estabelece que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, em especial pelo caso dos autos evidenciar a contratação em Adesão, já que o consumidor não pode discuti-las quando de sua realização, é a garantia primordial a defesa do consumidor em juízo pela Defensoria Pública.

Com base no argumento alhures, vê-se que, apesar de o contrato “fazer lei” entre as partes, consumidor e operadora do plano de saúde, é patente que o consumidor aderente se encontra em posição de maior desvantagem, já que não lhe foi oportunizado participar da elaboração de cada item ali constante, sendo necessária a intervenção estatal para reequilibrar a relação contratual existente. Assim, a Defensoria Pública tem o papel fundamental de assistência jurídica ao consumidor, que vê, muitas vezes, lesado seu direito à saúde.

### **3 PERÍODO DE CARÊNCIA E A DESNECESSIDADE NOS CASOS DE EMERGÊNCIA E URGÊNCIA**

Os casos de emergência são aqueles que implicam risco imediato de morte ou de lesão irreparável ao paciente/consumidor. Na prática da defensoria, essas demandas geralmente são oriundas no plantão judicial, o que engloba horário fora do expediente forense e aos finais de semana e feriados, não se excluindo que tais demandas também

ocorrem no expediente forense, as quais serão atendidas da mesma forma pela Defensoria Pública. Nestes casos, inclusive, dispensando até a análise de critérios de hipossuficiência do assistido<sup>11</sup>.

Devido à gravidade e seriedade da situação, ora em análise, torna-se inadmissível a recusa da operadora do plano de saúde em não autorizar, custear o tratamento indicado pelo profissional médico, classificando-o como de emergência, tais como: internação, realização de procedimento cirúrgico, realização de exame, fornecimento de medicação entre outros.

A Lei nº 9656/98 expressamente determina que, em tais situações, é dever dos planos de saúde a total cobertura, assim determina a lei em seu artigo.

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente.

Portanto, em casos de atendimento de urgência, de acordo com entendimento jurisprudencial e em consonância com o art. 12, V, "c", da Lei de Planos de Saúde, é proibido impor qualquer carência ou limitação de atendimento, haja vista que essas hipóteses possuem carência de apenas 24 (vinte e quatro) horas da contratação do plano de saúde. Tal conduta deve ser tomada como abusiva. Nesse sentido, já há diversos julgados:

AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO DE EMERGÊNCIA. CARÊNCIA. CLÁUSULA NULA. SEGUIMENTO NEGADO COM BASE NO ARTIGO 557, DO CPC. A cláusula contratual que impede a internação, no período de carência, para procedimento de urgência essencial à preservação da existência do consumidor, é abusiva. Lei 9.656/98. Limitação contratual que atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrada pela CF/88. recurso improvido. (TJ/RJ - 2008.001.13969 - APELAÇÃO CÍVEL - DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ - Julgamento: 04/06/2008 - SEXTA CÂMARA CÍVEL).

---

<sup>11</sup>Critério de hipossuficiência a ser demonstrado pelo assistido sua situação socioeconômica para poder ter a representação processual pela Defensoria Pública do Maranhão, conforme preconiza a nº Lei Complementar Estadual nº 19 de 11 de janeiro de 1994. Valerá como comprovação, para os efeitos do parágrafo anterior, a prova de uma das seguintes condições: a) ter renda pessoal inferior a três salários mínimos mensais, ou; b) pertencer a entidade familiar, cuja média da renda per capita, mensal, não ultrapasse a metade do valor referido na alínea anterior.



Agravo Inominado em Agravo de Instrumento. Processual Civil. Obrigação de Fazer. Plano de saúde. Tutela Antecipada. Requisitos. Decisão do Juízo a quo (fls. 103) que concede antecipação dos efeitos da tutela em ação de obrigação de fazer ajuizada para assegurar a prestação de serviço médico-hospitalar ao neonato segurado de quatro meses com complicações respiratórias (fls. 98). Risco de vida manifesto. Situação de Emergência. Periculum demonstrado. Internação determinada por expressa autorização legal (Arts.12,V,c, e 35-C,I, Lei 9656/98), afastando-se a observância de prazo de carência. Súmula 302,STJ. Ponderação de valores. Dignidade da pessoa humana. Plausibilidade do direito alegado. Provimento de urgência que não se mostrar teratológico ou contrário à prova dos autos (Arts.84,§§3º/5º,CDC c/c 273,CPC). Súmulas 58 e 59, TJRJ. Manutenção do Decisum Relatorial de negativa de seguimento. Agravo Inominado improvido. (TJ/RJ - 2008.002.12092 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. ORLANDO SECCO - Julgamento: 17/06/2008 – OITAVA CÂMARA CÍVEL).

As operadoras de saúde em suas contestações em juízo, em síntese, alegam em sua defesa, a existência da Resolução nº 13 da CONSU, a qual exclui a cobertura, se houver necessidade de internação, em situações de emergência ocorridas durante o prazo de carência previsto para determinados tipos de tratamento, ao que as operadoras de saúde em suas contestações em juízo, em síntese, alegam em sua defesa, principalmente quando envolvem procedimentos de valores financeiramente elevados.

Ocorre que, não prevendo a lei outros requisitos ou limitações para a cobertura na hipótese de emergência, não pode uma resolução administrativa fazê-lo, devendo ser ampla a cobertura, em respeito à legalidade.

A dispensa do prazo de carência, além do previsto contratualmente, é medida que se impõe em respeito às normas legais já citadas, sendo obrigatórios a cobertura e o atendimento, quando o estado de saúde do segurado/consumidor coloca-o em risco de morte ou de lesões irreparáveis.

Nos termos da jurisprudência dominante e da legislação que regulamenta a matéria, onde há expressamente a previsão de cobertura em casos de emergência e de urgência, a materialização da prova inicial pode se dar pela simples requisição do profissional médico que anteriormente atendeu o paciente/consumidor, já sendo prova pré-constituída, juntada com a petição inicial.

Na prática forense na atuação da defensoria, quando se não há tal requisição médica, outras provas podem ser juntadas à inicial, aptas a demonstrar que há violação do

direito do consumidor em receber a prestação do serviço, que podem ser exames médicos que demonstram a gravidade da saúde do paciente, ou até relatórios do quadro comparativo do agravamento da saúde do consumidor.

É bem comum que, além dessas provas acima exemplificadas, possam surgir outras, devido ao quadro de emergência que não se fica adstrito a uma prova pré-constituída. Neste caso, o magistrado pode de plano determinar a inversão do ônus da prova, cabendo ao plano de saúde demonstrar que está dando todo o suporte necessário ao consumidor.

Não se deve esquecer que toda matéria de inversão do ônus da prova na relação de consumo, na modalidade de contrato de adesão, também deve ser levada em consideração pelo judiciário quando apreciar a demanda proposta pela Defensoria Pública. Geralmente, o consumidor não recebe nenhum documento de negativa de prestação de serviço por parte da operadora do plano de saúde. Logicamente os planos de saúde não irão formalizar por escrito, materializar suas condutas abusivas e as violações à lei, já fazendo prova pré-constituída do abuso de direito.

Simplemente negam ao usuário o procedimento médico, o exame médico, a internação, então este fica refém dessa situação, uma verdadeira violação ao direito do consumidor, é um ato de abuso de direito por parte do plano de saúde. Essas situações são passíveis de indenização pelo Poder Judiciário, a qual será demonstrada nas ações ajuizadas pela Defensoria Pública. Assim, deve se estabelecer o *quantum* devido, necessário ao consumidor pelo dano moral sofrido no momento da negativa da prestação do serviço por parte do plano de saúde.

Já quando o plano de saúde se nega a cobrir o tratamento necessário alegando que o procedimento médico não é de natureza de urgência, cabe também ao consumidor hipossuficiente procurar a Defensoria Pública do Estado para assim se judicializar a devida demanda.

Porém, a despeito da cláusula contratual que limita atendimento à rede conveniada, a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9656/1998) prevê expressamente que o plano de saúde é obrigado a prestar assistência nos casos de urgência, dando total cobertura. *Ipsis Verbis*: Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

Como instrumento a combater tal negativa de prestação de serviço por parte do plano de saúde o artigo 14, o Código de Defesa do Consumidor, trata da responsabilidade objetiva a que está obrigado o fornecedor de serviços pelo fato da prestação do serviço inadequado ou defeituoso, obrigando-o a reparar o dano que deste decorre. Afirmando que:

“Art.14º. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento.

Ressalte-se que, se tratando de um contrato de adesão, no qual as cláusulas abusivas deverão ser nulas ou interpretadas a favor do consumidor. Já o Código Civil, em seus artigos 422 e 423, prestigiou a boa-fé nos contratos regularmente celebrados, merecendo acolhimento do referido princípio, notadamente, quando sua aplicação envolve o mais valioso dos bens, que é o direito à vida. A esse respeito, o Código Civil estabelece em seu *“Art. 424.º. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”*

Deve ser observado o princípio da função social do contrato, que veda, mesmo numa relação particular, a impossibilidade de que sejam contrariados interesses primários do Estado, no caso concreto, a vida e dignidade da pessoa humana.

Note-se que tanto o princípio da boa fé objetiva quanto o da função social do contrato foram expressamente positivados em nosso Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Quando o consumidor se adere a um plano de saúde, o mínimo que se espera é o amparo em situações extremas e que haja flexibilização contratual para tais situações; que são os casos de procedimentos de emergência e de urgência. Havendo a possibilidade de uma dessas situações ocorrerem, o que se espera pela boa fé objetiva é que o plano de saúde faça a cobertura do segurado, assegurando-lhe o procedimento necessário ao estabelecimento de sua saúde.

É um dos maiores motivos que levam as pessoas a contratarem tais serviços de saúde, essa previsibilidade de que sua saúde e sua vida estarão asseguradas com o uso do

máximo de meios e recursos disponíveis pelo plano de saúde. A negativa de atendimento no momento em que o consumidor mais precisa, no caso de uma urgência, frustra todas as legítimas expectativas que este possuía quando do momento da contratação do serviço, quer seja ter sua saúde, integridade física e psicológica protegidas por toda rede do plano de saúde.

Constata-se que os planos de saúde estabelecem muitas vezes limitações contratuais acerca dos critérios de urgência, sendo que é bem claro através de laudos e requisições médicas da necessidade na realização do procedimento, desde uma cirurgia médica de média e até alta complexidade, ao não fornecimento de exames médicos ou de internação hospitalar. O plano simplesmente nega dar devida prestação de serviço, restando assim, ao consumidor, ajuizamento da demanda através da Defensoria Pública para que o judiciário possa efetivar seu direito básico negligenciado pela operadora de saúde.

Sem amparo nas leis ou jurisprudência pátria, os planos de saúde negam tal direito de prestação do serviço de urgência o qual o consumidor detém, sob argumentos de natureza contratual. Motivado por essas condutas há o ajuizamento de demandas de natureza obrigacional, cominatórias e com pedido de tutela de urgência e ou de evidência que, na sua grande maioria, são reconhecidas liminarmente pelos Magistrados como atos abusivos e contrários às normas legais pátrias. Tais tutelas acabam com que o judiciário faça a justiça de forma antecipada, determinando imediatas autorizações para que tais planos de saúde façam cumprir com suas obrigações não contratualmente previstas, e sim legalmente devidas. Tal lógica decorre do sistema processual, onde existem decisões de natureza antecipatória, já que se fosse esperar até o final do processo para que fosse determinada a obrigação ao plano de saúde realizar o procedimento cirúrgico, o exame ou uma internação de urgência, seria tarde demais para o consumidor.

Há também, no âmbito administrativo através da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência executiva federal que exerce a fiscalização sobre as empresas operadoras de planos de saúde, constantes sanções aos planos de saúde. Assim, existe inclusive a Resolução Normativa nº 124 de 30 de março de 2006, que em seu artigo 78 sanciona a operadora que deixar de prestar atendimento ao usuário de seus serviços: "Art. 78. Deixar de garantir aos consumidores de planos privados de assistência à saúde o cumprimento de obrigação de natureza contratual: sanção – multa de R \$60.000,00."

#### **4 NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, SOB ALEGATIVA POR NÃO ESTÁ NA LISTA DA ANS – ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO**

Todas as coberturas médicas estão previstas nos contratos de plano de saúde, modalidade de adesão que, em tese, se destinam a preservar a saúde do consumidor. Devem as coberturas médicas englobarem todos os procedimentos necessários para

prevenção e recuperação da saúde e bem-estar do segurado/consumidor, devendo ser corolário da vontade manifestada pelas partes no momento da assinatura do contrato.

Se é permitido ao plano de saúde apontar quais são as doenças, patologias, os tratamentos, os procedimentos, os exames médicos e os medicamentos que terão cobertura contratual nos contratos de adesão, tal rol de procedimentos médicos, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, é meramente exemplificativo, devendo ser orientado pelo princípio da boa fé objetiva, aliado ao ditame de corolário constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, frise-se que o posicionamento da jurisprudência da corte do Superior Tribunal de Justiça, especialmente da Terceira Turma é no sentido de que:

“o fato de o procedimento não constar no rol da ANS não significa que não possa ser exigido pelo usuário, uma vez que se trata de rol exemplificativo.” (AgInt no AREsp 1442296/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 23/03/2020, DJe 25/03/2020; AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016; AgInt no REsp 1929629/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 28/05/2021).

Com efeito, a Corte Superior entende que o fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, uma vez que se trata de rol exemplificativo.

Sendo assim, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor (AgInt no REsp 1912467/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021).

Ademais, não é razoável se exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão e dos que não estão inclusos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela Agência Nacional Saúde Suplementar – ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo.

## **5 CONCLUSÃO**

Na verdade, o consumidor, ao contratar uma operadora de plano de saúde, nutre a expectativa de que será prontamente atendido diante das necessidades de restabelecimento de sua saúde. Independente do qual será o tratamento ou procedimento indicado pelo profissional da saúde, não dependendo de aval por parte do plano de saúde.

Nestes casos em que o consumidor hipossuficiente for lesado da prestação de serviço necessária para o restabelecimento de sua saúde, este deverá procurar a Defensoria Pública para que a mesma haja a judicialização da demanda, sendo pedido medida de urgência ou evidência. Bem logo, de imediato, deverá o Poder Judiciário se manifestar através do Magistrado, concedendo decisão judicial de forma a restabelecer imediatamente a prestação de serviço que fora negada pelo plano de saúde ao consumidor.

Logo, se o tratamento de uma determinada doença ou patologia está ou não coberto, não é razoável que haja limitação de que qualquer tratamento prescrito por especialista médico, com o objetivo de restabelecimento da saúde do segurado/consumidor, possa sofrer algum tipo de mitigação. Esse entendimento é avesso ao objetivo do contrato e ofensivo à integridade do segurado/consumidor, violador de normas legais e contrário à dignidade da pessoa humana, princípio essencial no Estado de Direito.

## **6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Código Defesa do Consumidor (1990). Lei nº 8.078/90. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 03 de Janeiro. 2022.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 11.406/2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406complilada.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406complilada.htm)>. Acesso em: 03 Janeiro. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.656/98. (1998). Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 03 de Janeiro. 2022.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Brasília, DF. Disponível: <<https://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 02 de Janeiro. 2022.

BRASIL. TJRJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Jurisprudência. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://www.tjrj.jus.br/web/guest/consultas/jurisprudencia/pesquisa-selecionada>>. Acesso: 04 Janeiro, 2022.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Brasília, DF: STJ. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso: 04 Janeiro, 2022.

GARCIA. Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016.

NEVES, Daniel Amorim; TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2017.

## O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À EXISTÊNCIA DE UM PROCESSO JUSTO

**JULIANO CARVALHO ATOJI:** Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. São Paulo, Capital; Brasil. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, integrante do Grupo Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO, Núcleo da Capital; Professor do curso Estratégia Carreiras Jurídicas e do Curso de Pós-Graduação em Direito (Unileya)

PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN<sup>12</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho se predispõe a realizar uma abordagem filosófica da liberdade, da lei e da justiça, passando pela construção histórica do papel do Ministério Público como instituição inerente à democracia e de resguardo aos direitos individuais, inclusive a liberdade. A existência de um órgão do Estado criado para atender aos anseios da população e detentor do monopólio da acusação é ainda a melhor forma para se buscar uma resposta justa e proporcional aos que transgridam as leis, uma vez que, dentro do sistema acusatório, está garantido o contraditório e a ampla defesa, além do julgamento por um juiz imparcial. Outrossim, o próprio órgão acusador age limitado pelo império da lei, sujeito a controles e comprometido constitucionalmente com valores democráticos, dentre eles o direito à liberdade do indivíduo.

**Palavras-chave:** Justiça, Liberdade, Leis, Filosofia, Ministério Público, Processo Penal, Monopólio, Ação Penal, Obrigatoriedade, Justa Causa.

**ABSTRACT:** This work is predisposed to carry out a philosophical approach to freedom, law and justice, passing through the historical construction of the role of the Prosecution Service as an institution inherent to democracy and safeguarding individual rights, including freedom. The existence of a State body created to meet the needs of the population and holding the monopoly of prosecution is still the best way to seek a fair and

---

<sup>12</sup> Doutor e mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor nos programas de graduação e pós-graduação estrito sensu da PUC/SP; Procurador de Justiça de Habeas Corpus e Mandados de Segurança em São Paulo. [pedrodemercian@gmail.com](mailto:pedrodemercian@gmail.com)



proportional response to those who violate the laws, since within the system accusatory, the contradictory and full defense are guaranteed, in addition to the trial by an impartial judge. Also, the accusing body itself acts limited by the rule of law, subject to controls and constitutionally committed to democratic values, including the individual's right to freedom.

**Key words:** Justice, Plato, Principles, Laws, Criminal Law, Criminal Procedure, Philosophy, Dialogues.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. REFLEXÃO SOBRE LIBERDADE, LEI E JUSTIÇA. 3. A ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 4. O MONOPÓLIO DA AÇÃO PENAL COMO GARANTIA PROCESSUAL. 5. O SIGNIFICADO E O ALCANCE DA OBRIGATORIEDADE. 6. A JUSTA CAUSA COMO LIMITADOR DO ARBÍTRIO DO ESTADO. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a importância do Ministério Público como instituição inerente às democracias contemporâneas, agindo não só na promoção dos direitos fundamentais, mas também como garantidor de um processo justo em matéria penal, vedando a prática de excessos e, em contrapartida, atribuindo uma resposta proporcional dentro dos limites da legalidade.

Para tanto, o trabalho parte de uma breve reflexão filosófica sobre o que é justiça, lei e liberdade, iniciando pelo pensamento de Platão em seus diálogos, extraindo algumas ideias sobre o justo e, logo após, uma compreensão acerca da construção da ciência processual, sobretudo no que tange à aplicação de uma sanção penal dentro dos limites do justo, percorrendo as vias adequadas para a devida consecução. É trazido ao debate, outrossim, as ponderações de liberdade de Kant.

Na sequência, é feito um sintético esboço histórico sobre o surgimento do Ministério Público no ocidente, com a devida cognição do sistema acusatório e a razão da instituição ser uma criação eminentemente democrática, fruto do iluminismo. Mais ainda: é delineado o modelo de Ministério Público adotado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, com contornos que se tornaram referência nas democracias ocidentais.

Passa-se, então, a abordar a importância do Ministério Público na detenção do monopólio da ação penal, como medida a evitar abusos, acusações temerárias e evadas de vingança, destacando a submissão do órgão ao império da lei. Garante-se,

indubitavelmente, que todos os indivíduos que eventualmente violarem a lei terão contra si uma acusação justa e proporcional, assegurado o contraditório, a ampla defesa e um juiz imparcial, de modo que o próprio acusador tem como dever funcional coibir eventuais excessos do direito de liberdade.

Nesse sentido, imperioso destacar o significado e o alcance do princípio da obrigatoriedade, estando a atuação do órgão vinculada à defesa da ordem jurídica, sendo dever do Promotor de Justiça atuar nos estritos limites da lei (princípio da obrigatoriedade) e com objetividade. Mercê de destaque que a atuação da instituição está sujeita a diversos tipos de controle, inclusive do próprio Poder Judiciário como fiscal desse princípio.

Por fim, discorre-se sobre a justa causa, alçada como condição para exercício da ação penal, também como forma de controle por parte do Poder Judiciário de eventuais acusações infundadas e carecedoras de elementos mínimos.

## **2. REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE LIBERDADE, LEI E JUSTIÇA**

Para se compreender a origem e importância do Ministério Público, imperioso se faz ingressar em questões filosóficas acerca da liberdade, da origem da lei e sobre o que é Justiça. Ainda, necessária a compreensão de quem exerceria o papel de defesa da sociedade: se isso ficaria ao encargo do próprio Estado, por meio de um órgão específico, ou se seria relegado à própria vontade das pessoas.

Segundo Kant, liberdade está relacionada com autonomia, é o direito do indivíduo dar suas próprias regras, que devem ser seguidas racionalmente. Essa liberdade só ocorre realmente, por meio do conhecimento das leis morais e não apenas pela própria vontade da pessoa. São leis práticas (éticas) que se referem ao que temos de fazer, ao dever<sup>13</sup>.

A ética kantiana é uma ética do dever que põe a ênfase na livre escolha do ser racional, definido como o ser capaz de impor a si mesmo a lei moral. A natureza transcendental de sujeitos livres é revelada quando se tenta justificar uma ação nossa incorreta, ocasião em que se refugia em circunstâncias atenuantes visando a eximir da responsabilidade moral. Kant diz, portanto, que a liberdade é o livre arbítrio.

---

13 MIRANDA Theobaldo. Manual da Filosofia – Curso de Filosofia e ciências. 15ª edição. São Paulo: Editora Companhia Nacional, 1970. P. 434-435.

Fica um primeiro questionamento: como se regular a liberdade de todos os indivíduos em busca de um bem maior, que seria uma sociedade justa e igualitária?

No seu pensamento, Platão apresenta como principal característica em suas obras a boa convivência dos homens em sociedade. Afirma o autor que a verdadeira arte política necessariamente zela pelo interesse público e não pelo privado, isto porque o interesse público aglutina os Estados, ao passo que o privado os corrompe<sup>14</sup>.

Dessa leitura, pode-se extrair que à época o autor já fazia a distinção do que seria interesse público do privado. Mais que isso: traz a ideia do que seria o interesse público primário, ou seja, aquilo que seria de interesse da sociedade como um todo, separando da ideia de interesse público secundário, na acepção já contemporânea de um Estado sujeito de direito e deveres.

No decorrer da sua obra, Platão passa a discorrer sobre a justiça virtuosa (“virtude das virtudes”), que seria inerente ao bom funcionamento da cidade, pois cada um saberia sua função dentro dela, como forma de garantir a convivência pacífica entre os indivíduos integrantes da comunidade.

E como se buscaria a justiça de modo a garantir a boa convivência moral e pacífica dos indivíduos?

A partir dessa premissa, parte-se para a exegese do pensamento platônico na obra “*As leis*”, mais especificamente no seu Livro IX, em que o autor discorre sobre a violação da lei, com previsão de uma sanção e um “processo” para aplicar. Muitos filósofos contemporâneos enxergam como uma visão embrionária sobre Direito Penal e Processual Penal<sup>15</sup>.

Em suma, para o autor, as leis serviriam como coesão dos Estados e o interesse comum. Esta política seria arte e verdadeira, ao colocar em boas condições o indivíduo e o Estado, pois sem leis, a vida social seria impossível, visto que o interesse comum seria esquecido.

Por essa razão, Platão destaca que a lei não pode se divorciar dos interesses dos indivíduos e a vontade do Estado. A lei deve estar atenta aos interesses comuns, nunca

---

14 PLATÃO. *As Leis* (incluindo *Epinomis*). Livro IX. Tradução, notas e introdução: Edson Bini. Prefácio: Dalmo de Abreu Dallari. 2ª edição. Bauru: Edipro, 2020. 875a

15 PLATÃO. *As Leis* (incluindo *Epinomis*). Livro IX. Tradução, notas e introdução: Edson Bini. Prefácio: Dalmo de Abreu Dallari. 2ª edição. Bauru: Edipro. 856.

apenas de parcela da sociedade, como maneira de contemplar aquilo que o pensamento tem como injusto e aquilo que merece a devida punição.

A dúvida que fica é a quem incumbiria buscar essa lei no caso concreto na sociedade contemplada por Platão?

Em uma passagem, no mesmo Livro IX das Leis, Platão discorre, em oportunidades distintas, acerca de ritos e procedimentos necessários ao julgamento final, qual seja, a busca concreta da justiça no caso concreto. Platão menciona uma espécie de “processo” para aplicação dessa pena: inicia-se com o discurso do reclamante (“vítima”), o qual seria examinado por um colegiado de juízes, os quais julgariam em atenção às provas e testemunhos, votando secreta e separadamente<sup>16</sup>. Logo, na sociedade ateniense, a acusação seria sustentada pela própria vítima.

Em um breve esboço histórico, é possível afirmar, de maneira bastante sucinta, que a persecução criminal era, originalmente, privada e o Estado se mostrava absolutamente indiferente ao resultado da batalha processual. Obviamente, com a evolução do pensamento e das leis, vislumbrou-se que as acusações sustentadas pelo próprio ofendido dariam ensejo a teses passionais, eivadas de exageros, fugindo completamente da razoabilidade.

Com a evolução cultural percebeu-se que o Estado tinha, primordialmente, o interesse de combater a criminalidade. Esse combate ao crime passou a ser encarado como questão de ordem pública e a sua persecução, conseqüentemente, atribuída a um órgão oficial do próprio Estado

Urgiu a necessidade de existência do Estado realizar a própria acusação. Em um primeiro momento, partiu-se pelo sistema inquisitivo, em que os juízes eram responsáveis pela própria acusação e pelo julgamento da imputação. Nele, o juiz é o diretor do procedimento e concentra as funções de acusar e julgar. O direito de defesa é limitado - como regra - e inexistente, em algumas oportunidades. Não há publicidade e isso conduz a uma instrução escrita do princípio ao fim. A decisão é entregue ao arbítrio do magistrado<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> PLATÃO. As Leis (incluindo Epinomis). Livro IX. Tradução, notas e introdução: Edson Bini. Prefácio: Dalmo de Abreu Dallari. 2ª edição. Bauru: Edipro. 856a.

<sup>17</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 9ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2014. P. 26-27.

No modelo acusatório, as funções de acusar (pública ou privada), defender e julgar são incumbidas a diferentes pessoas<sup>18</sup>. A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial que deverá necessariamente fundamentar sua decisão, de acordo com o bom senso, a experiência e os elementos informativos coligidos pela acusação e pela defesa.

Consagra-se, portanto, o método da persuasão racional, com a separação clara nas funções de acusar, defender e julgar; é garantida a igualdade de partes presença de um juiz imparcial.

No Brasil, como se verá adiante, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elidiu do sistema os chamados procedimentos judicialiformes (CPP, artigo 26), e delegou ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (CF, 129, I), adotou-se um processo de estrutura acusatória.

Esse processo acusatório vem se aperfeiçoando na medida em que se sucedem as leis, caminhando sempre para a adoção cada vez mais genuína dele.

## **2.ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Muito se discute acerca da controvertida origem histórica do Ministério Público – sobre a qual não há unanimidade na doutrina – como, de resto, de qualquer outro tema em direito, só faz sentido se dela se puder extrair algum conceito para entender o instituto na atualidade ou projetar o seu futuro.

Dessa forma, muito embora não se desconheça que não são poucos os autores<sup>19</sup> que procuram situar a origem do Ministério Público no Egito, na Grécia, em Roma, convergimos do entendimento da maioria da doutrina que situa a instituição no Direito Francês, mais especificamente nos *Procurateur du Roi* da Monarquia Francesa do século XIII, com a conformação orgânica e estável que tem hoje na grande maioria dos Países da Europa Continental e também no Brasil.

A origem do Ministério Público se confunde com o momento em que, findando a Idade Média, com o nascimento e a crescente complexidade do Estado, os

---

<sup>18</sup> Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P.677-678.

<sup>19</sup> Cf., nesse sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público (8ª ed.)*. São Paulo: Saraiva, 2014. P.37-38.

soberanos começaram a instituir Tribunais regulares para distribuir Justiça em nome deles, soberanos.

Para contrabalançar a progressiva autonomia que os Tribunais acabaram chamando para si, em virtude da qual muitas vezes contrariavam os interesses da Coroa, os reis instituíram procuradores deles próprios, para promover a defesa de seus interesses.

Não obstante, a evolução do Ministério Público na França foi lenta. Em 1790, o Ministério Público era dividido em duas funções: um comissário do rei (uma espécie de advogado do Estado, função que perdurou no Ministério Público Brasileiro até a Constituição Federal de 1988) e um acusador público. O primeiro era nomeado pelo rei, ao passo que o segundo era eleito pelo povo, exercendo papel limitado<sup>20</sup>.

Mercê de destaque é a análise de Tornaghi, segundo a qual as funções que o Ministério Público começou a exercer, desde as primeiras até as mais atuais, a instituição foi chamando a si; "*paulatinamente, foi ajuntando em torno de si várias funções, antes espalhadas em diferentes mãos*"<sup>21</sup>.

Na mesma linha, José Frederico Marques reconhece que o "*Ministério Público se revelou primeiro por sua ação e, quando as ordenanças francesas dele se ocuparam, a instituição já estava em pleno exercício*"<sup>22</sup>, ou seja, atendendo aos interesses da população.

Destarte, o Ministério Público não surgiu de repente, num só lugar, por força de algum ato legislativo. Formou-se lenta e progressivamente, em resposta às exigências históricas<sup>23</sup>.

Foram, por conseguinte, com os textos napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade, copiado em vários

---

<sup>20</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público (8ª ed.)*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 39.

<sup>21</sup> TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. P. 297.

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – Volume I. 3ª atualização*. Campinas: Editora Millennium, 2009. P. 241.

<sup>23</sup> TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, P. 297.

ordenamentos jurídicos do ocidente. Tanto que hoje a expressão Parquet ainda é frequentemente utilizada para se referir à instituição<sup>24</sup>.

Diante disso, a instituição se firmou com a vitória do iluminismo, em contraposição ao Estado totalitário. Após a ideia de separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, o Ministério Público ganha papel de suma relevância, como fiscal da lei (ordem jurídica) e defensor da democracia<sup>25</sup>.

Tal condição foi uma opção clara do Constituinte de 1988, conferindo elevado status constitucional ao Ministério Público brasileiro, quase o erigindo a um quarto poder: desvinculou a instituição dos três poderes, fê-lo como permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e indisponíveis, bem como do próprio regime democrático.

Em vista disso, o papel do Ministério Público hoje é de defesa da sociedade (interesse público primário), e não necessariamente coincidindo com a defesa do Estado (interesse público secundário). Para poder realizar os seus deveres, a instituição e seus membros devem ser dotados de independência, para não se curvarem senão à soberania da lei.

Assim, a atuação do Promotor de Justiça deve se pautar pela estrita observância da ordem jurídica e do regime democrático, observando os direitos e garantias fundamentais, bem como os tratados de direitos humanos, de modo a promover os direitos sociais, atuar em defesa dos interesses sociais e coletivos e proteger as liberdades individuais.

Pode-se, portanto, concluir que o exercício do *ius puniendi* e do monopólio da ação penal como forma de alcançar um julgamento e uma punição justa, dentro dos limites legais, passa pelo acatamento às garantias processuais e às liberdades individuais, como corolário do princípio da proporcionalidade, vedando a pena em excesso e, do mesmo modo, a proteção insuficiente para violação da lei penal.

---

<sup>24</sup> A menção parquet (assoalho) provém dessa tradição francesa. Isto porque, antes de adquirirem a condição de magistrado e terem assento ao lado dos juizes (magistrature debout – magistratura de pé), tiveram inicialmente assento sobre o assoalho da sala de audiências.

<sup>25</sup> Mazzilli defende que aqui estão as raízes do Ministério Público: filho da democracia e do Estado de Direito! MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público (8ª ed.)*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 43-44.

### 3.DO MONOPÓLIO DA AÇÃO PENAL COMO GARANTIA PROCESSUAL

É inerente a um autêntico sistema acusatório, a investigação prévia incumbida à Polícia Judiciária que, funcionando como órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público, reúne num inquérito policial uma série de informações que devem servir, **exclusivamente**, para a formação do convencimento do *dominus litis* quanto a viabilidade da ação penal.

Aliás, o poder de investigar é corolário da titularidade privativa da ação penal pública: de que adiantaria o Ministério Público ser titular privativo da pretensão punitiva, se não dispusesse de meios diretos para adimplir suas finalidades constitucionais? Bastaria que a polícia não investigasse, e jamais seriam apurados os crimes dos próprios policiais ou das autoridades que mantêm hierarquia sobre a polícia<sup>26</sup>.

Embora num Estado democrático, jungido à soberania popular, se pudesse em tese admitir que a ação penal pública pudesse ser movida por qualquer um do povo, os inconvenientes práticos o desaconselhariam: ao indivíduo, que se decide sempre ou quase movido por motivos pessoais, falta a serenidade e a objetividade próprias do órgão público, que age imparcialmente no adimplemento de seus deveres funcionais, com a garantia de cultura superior e de probidade pessoal conferida e vigiada<sup>27</sup>.

Nesse sentido, leciona Pedro Henrique Demercian:

*Portanto, é inerente a um autêntico sistema acusatório, a investigação prévia incumbida (embora não privativamente) à Polícia Judiciária, que, funcionando como órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público (cf. artigo 13 do CPP), reúne num inquérito policial uma série de informações que devem servir, exclusivamente, para a formação do convencimento do dominus litis quanto a viabilidade da ação penal. Essa fase “prepara a persecução penal que vai ser levada a juízo por meio da ação penal.” É ínsita a um processo de estrutura acusatória a necessária previsão do contraditório, ampla defesa e todos os*

26 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público (8ª ed.)*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 371.

27 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público (8ª ed.)*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 363.



*recursos e meios a ela inerentes (artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal)***28.**

O texto constitucional, entretanto, por motivos bem conhecidos, dentre os quais o propósito de conferir efetiva e especial proteção a todos os interesses envolvidos na persecução penal, com destaque para a tutela da liberdade pessoal, foi pródigo na alusão a diversos aspectos do devido processo penal.

Quando a Constituição Federal dá ao Ministério Público a titularidade exclusiva para propor a ação penal, isso significa que ninguém pode ser condenado por crime de ação pública sem que o Ministério Público tenha o acusado. Não há mais como alguém ser condenado por fato diverso daquele constante da acusação feita pelo Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública**29.**

Bem por isso, parece adequado estudar o monopólio da ação penal pública, em rigorosa harmonia com o pensamento constitucional. É que a ampliação, pela *Carta Política*, das limitações ao Estado em matéria penal também se reflete em outros preceitos tutelares e, conquanto o tema não seja ordinariamente estudado nesse aspecto, ele também se insere no exercício privativo da ação penal pública por um órgão oficial do Estado.

A Constituição Federal de 1988, como já se falou, alterou, substancialmente, o perfil do Ministério Público erigindo-o à condição de fiscal do poder e o transformando, definitivamente, em advogado da sociedade: a sociedade-governante. Nesse sentido, digno de destaque a afirmação de Mazzilli:

*Enquanto o tempo fez com que o Ministério Público brasileiro perdesse uma das suas atribuições históricas (a defesa dos interesses patrimoniais do Estado), já, ao revés, quanto à outra delas, agora o destinou a tanto com a privatividade (a promoção da ação penal pública). Hoje, contudo, longe de ser visto como simples acusador público, obrigando a acusar a qualquer preço, ao contrário, o órgão do Ministério Público, detendo em mãos a titularidade da ação penal pública, acabou*

---

28 DEMERCIAN, Pedro Henrique. Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. P. 156.

29 FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 180.

*constituindo o primeiro fator da própria imparcialidade judicial dos julgamentos, já que possibilita, com sua iniciativa, o princípio da inércia da jurisdição*<sup>30</sup>.

Por essa razão é que se lhe atribuiu o dever de zelar pelo respeito aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II), ressaltando o caráter de órgão de defesa dos interesses sociais. Essa nova feição do Ministério Público, na verdade, inibiu a atividade do Estado na política de atuação criminal<sup>31</sup>.

Parece intuitivo que o ofendido, como regra, não aja movido exclusivamente pelo interesse público. Isto pode propiciar, de um lado, acusações temerárias e levianas, e, por outro lado, pode dar azo a conchavos políticos, conforme se trate da ação penal privada ou de ação penal popular.

Não se pretende, outrossim, conforme toda sistemática constitucional, pautada por princípios democráticos e de representação popular, cercear a iniciativa popular ou do ofendido. É preciso lembrar, contudo, que o processo penal visa a aplicação da *sanctio juris*, isto é, um interesse público e difuso por excelência, não podendo sujeitar-se aos caprichos da parte ou a escusos interesses políticos<sup>32</sup>.

O poder público tem interesse na solução do conflito para a realização, em última análise, da paz social, que é a maneira da sociedade viver e se desenvolver. Por essa razão, o melhor caminho ainda está na atribuição da tarefa de persecução penal a um órgão independente e estruturado do próprio Estado, que está sujeito, evidentemente, a formas de controle<sup>33</sup>.

Postas essas premissas, é lícito concluir, desde logo, que o monopólio da ação penal, em nosso País, é um instrumento de efetividade na defesa de direitos fundamentais e não encerra uma simples reserva de atuação do Ministério Público (como

---

<sup>30</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público (8ª ed.)*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 359.

<sup>31</sup> Em países como a Alemanha a atividade do Ministério Público está adstrita a uma política de atuação criminal do próprio Estado e a própria discricionariedade da ação penal ressalta a possibilidade do não exercício do direito de ação quando se *opuser a outros interesses públicos superiores*.

<sup>32</sup> Nunca é demais lembrar, no cotidiano forense, a litigância tumultuada causada pelas ações de iniciativa privada, de modo que a grande maioria delas é eivada de cólera, vingança e sentimentos pessoais, afastando-se da técnica e objetividade exigida de um agente público no exercício de suas funções.

<sup>33</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2014. P. 161.

ocorre nos sistemas europeus), mas proporciona um mecanismo posto à disposição da própria sociedade. Portanto, o monopólio da ação penal pública é, a bem da verdade, uma forma de limitação do poder do próprio Estado.

O exercício privativo da ação penal entregue ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição) não é, contudo, discricionário, pois deve ser exercido *na forma que a lei estabelecer*. Em outras palavras, ao analisar o inquérito ou peças informativas, o órgão da acusação exercita um poder e, ao mesmo tempo, um dever.

#### 4.O SIGNIFICADO E ALCANCE DA OBRIGATORIEDADE

Conforme visto acima, a Constituição Federal atribui ao Ministério Público a **defesa da ordem jurídica**. Não se trata, aqui, de uma expressão meramente retórica e vazia de significado.

No âmbito criminal, a defesa da ordem jurídica, que está indissolavelmente ligada à regra que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (C.F., art. 129, I), traduz, na sua essência, o dever do Promotor de Justiça de atuar nos estritos limites da lei (princípio da obrigatoriedade) e com objetividade.

Aliás, é corrente a afirmação de que o Ministério Público, por sua própria natureza, isto é, de órgão que não defende um interesse particular ou de particular, deva agir com *imparcialidade*, o que não parece de todo correto.

Consoante leciona Pedro Henrique Demercian, não se pode confundir essa característica peculiar do Poder Judiciário – a imparcialidade – com **objetividade**. Por comportamento objetivo (e não imparcial) do Ministério Público deve-se entender, como já se disse, não apenas a obediência estrita à legalidade, mas, principalmente, uma atuação isenta de idiosincrasias e paixões, que respeite o princípio da isonomia.

Mazzili, por seu turno, afirma que "*se conferimos à imparcialidade apenas um sentido moral, então é possível dizer que o Ministério Público é imparcial. Assim, poderemos dizer que é titular de ônus e faculdades na relação processual (é parte), mas, como o interesse que defende não é privado, como exercita a defesa do interesse público primário (o bem geral), e como não tem interesse privado contra parte contrária, então a sua imparcialidade terá caráter moral, não processual, porque tecnicamente ele continua*

*sendo parte. Ainda que moralmente não possa ter, nem tenha interesse em condenar um inocente, assim mesmo continua sendo parte na relação processual*<sup>34</sup>.

Em nosso País, a escolha e seleção de casos em que o Direito Penal deve atuar é tarefa atribuída ao Poder Legislativo. Essa função não pode ser avocada pelo Promotor de Justiça e tampouco pelo Juiz de Direito.

Com efeito, esse comportamento objetivo, que deve plasmar a atuação do órgão do Ministério Público, torna-se tanto mais evidente quando se lhe impõe o dever de fundamentar suas manifestações processuais (CF, art. 129, inc. VIII).

A lei penal existe para fins de utilidade, e, por isso, deve aplicar-se sempre que se pratique uma infração penal. Determinar quando uma conduta seja danosa ou traga perigo, corresponde ao legislador; e, uma vez que este expressou seu convencimento e consagrou tal conduta como delituosa, a ação penal deve sempre ser proposta.

Pelo contrário, ao admitir-se o princípio da oportunidade, a opinião do legislador seria substituída pela do Ministério Público, por uma opinião exposta a muitos erros, e, com isso, poderia frustrar-se a defesa social<sup>35</sup>.

Apesar de *dominus* da ação penal, o Ministério Público precisa requerer o arquivamento ao juiz, o que se dá justamente em consequência do princípio da legalidade. O órgão judiciário é chamado a intervir, na qualidade de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao garantir a regra do princípio da legalidade na ação penal pública<sup>36</sup>.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal impõe ao Promotor de Justiça não só o dever funcional positivo (de promover a ação penal pública e buscar a comprovação do fato em tese típico), como também o dever funcional negativo (de requerer o arquivamento do inquérito ou peças informativas, quando a realidade dos fatos não fornecer elementos suficientes que traduzam a suspeita razoável de autoria e materialidade).

---

34 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público (8ª ed.)*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 354-355.

35 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – Volume I. 3ª atualização*. Campinas: Editora Millennium, 2009. P. 288.

36 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – Volume I. 3ª atualização*. Campinas: Editora Millennium, 2009. P. 291.

É importante observar, por outro lado, que a parte final do art. 129, I, da Constituição Federal, ao utilizar a expressão *na forma da lei*, deixa claro que a obrigatoriedade não decorre direta e expressamente de regra constitucional<sup>37</sup>, cabendo à lei determinar os limites e as hipóteses para o exercício do direito de ação.

Não se pode negar que o cânone da obrigatoriedade é um dos suportes essenciais do chamado Estado de Direito, e tem por escopo colocar a Justiça Criminal a salvo de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio.

Esse princípio atende ao anseio do Estado Democrático de Direito, pois submete a atuação dos órgãos públicos ao direito constituído e, além disso, não seria razoável o exercício da ação penal baseado em fluidos critérios políticos e de utilidade social.<sup>38</sup>

Por esta razão, o melhor caminho ainda parece ser o do exercício da ação por um órgão Estatal, organicamente distribuído, dotado de autonomia e independência, que aja com objetividade e dentro de estritos critérios de legalidade.

O princípio da obrigatoriedade tem como consectários a **oficialidade**, segundo a qual o Estado deve estar presente por um órgão que age por iniciativa própria e sem a necessidade de provocação e a regra da **legalidade**, segundo a qual esse órgão público, no exercício inderrogável de sua função, verificadas concretamente as condições da lei, deve fazer valer a pretensão punitiva (por meio da ação) e dela não pode dispor, salvo quando a lei expressamente assim o estabeleça (irretratibilidade).

Aí está a essência do princípio da obrigatoriedade da ação penal<sup>39</sup>, a *cujá observância está também vinculado o magistrado no momento de avaliar o recebimento ou não da acusação*.

---

37 Em países como a Itália, tanto o monopólio da ação penal pública (que é entregue ao Ministério Público), como também a sua expressão (obrigatoriedade), decorrem de regra constitucional. Com efeito, dispõe o art. 112 da Constituição Italiana que: *“Il pubblico ministero há l’obbligo di esercitare l’azione penale.”* No Brasil, o princípio da obrigatoriedade tem assento no Código de Processo Penal, no Código Penal e leis esparsas.

38 DEMERCIAN, Pedro Henrique. Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. P. 167.

39 DEMERCIAN, Pedro Henrique. Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. P. 168.

Isto, naturalmente, como bem ressalta Demercian, não torna juiz e promotor seres autômatos, retirando-lhes aquela capacidade mínima de aquilatar os elementos de convicção reunidos na investigação criminal. Entretanto, no exercício dessa atividade é defeso um exame aprofundado da prova, que, a rigor, ainda não foi produzida, aplicando-se, portanto, o consagrado brocardo do *in dubio pro societate*.

É possível afirmar que, nesse contexto, apenas a análise da regularidade formal da petição inicial, a viabilidade da relação processual, a presença das condições da ação e extrair das informações a **justa causa** para o exercício do direito de ação (cf. artigos 395 e 397 do CPP, com a redação introduzida pela lei nº 11.719/08)<sup>40</sup>.

## 5.A JUSTA CAUSA COMO LIMITADOR DO ARBÍTRIO DO ESTADO

A exigência da demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação.

O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, frequentemente, da dignidade mesma<sup>41</sup>.

O marco civilizatório é um processo em permanente construção. A restrição da liberdade exige processo justo e regular. Este, aliás, é o único caminho para satisfação do poder-dever punitivo. Não há pena sem processo. Mas, da mesma forma, não há processo sem acusação formal suficientemente detalhada, embasadas em elementos mínimos que lhe confirmam sustentabilidade<sup>42</sup>.

Zilli define justa causa como o suporte probatório e jurídico mínimo exigido para deflagrar a movimentação da atividade jurisdicional penal de natureza condenatória.

---

<sup>40</sup> O artigo 395 do CPP cuida das hipóteses de rejeição sumária da denúncia, ao passo que o artigo 397 do mesmo diploma trata das causas da absolvição sumária.

<sup>41</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 11ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 58-59.

<sup>42</sup> Em sua obra, Marcos Zilli conta a História de Jumah, uma pessoa acusada por terrorismo e presa na base naval de Guantánamo, em janeiro de 2002, sem sequer saber o motivo da prisão. Foram necessários mais de dois anos até que Jumah finalmente recebesse uma folha de papel contendo uma singela relação das acusações contra si. De tão lacônicas, eram quase incompreensíveis.

ZILLI, Marcos. Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: Editora LiberArs, 2017. P. 232.

É a plausibilidade da acusação, quer pela perspectiva material, quer seja pela “aparência do direito material invocado<sup>43</sup>. Profecia o autor:

*É uma valoração incidente sobre narrativa, vinculação fato/sujeito e qualificação jurídico-penal. É o selo que reconhece a presença de um suporte probatório mínimo que sustente a narrativa fática e que reconheça a viabilidade da adequação penal típica proposta e dos demais elementos que estruturam o ilícito penal: antijuridicidade e culpabilidade. Pode ser equiparada ao fumus comissi delicti, desde que se inclua nesse conceito todos aspectos relativos à imputação.*

No mesmo sentido, Afrânio Silva Jardim, o qual defendia, antes mesmo da reforma de 2008, ao lado de Eugênio Paccelli<sup>44</sup>, a justa causa como condição da ação penal, atribuindo autonomia ao processo penal, desvinculando-o da construção da teoria geral do processo, muitas vezes embasada para a ciência processual civil. Nesse sentido:

*Torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, prima facie, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública<sup>45</sup>.*

Em regra, esse lastro probatório é fornecido pelo inquérito policial, o que, no entanto, não impede que o titular da ação penal possa obtê-lo a partir de outras fontes de investigação. Aliás, como destaca o próprio art. 12 do CPP, os autos do inquérito policial deverão acompanhar a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

Com a reforma processual de 2008, a expressão *justa causa* passou a constar expressamente do Código de Processo Penal. De acordo com o art. 395, inciso III, do CPP,

---

43 ZILLI, Marcos. Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: Editora LiberArs, 2017. P. 241.

44 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Gen Atlas, 2020. P. 124-125.

45 JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. P. 97

com redação determinada pela Lei nº 11.719/08, a denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Para que se possa dar início a um processo penal, então, há necessidade do denominado *fumus comissi delicti*, a ser entendido como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, a plausibilidade de que se trate de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, confirmando a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria ou de participação em conduta típica, ilícita e culpável.

Esse fato, contudo, não pode resultar na equivocada ampliação do critério cognitivo do juiz, no momento de apreciar o recebimento da denúncia, sob pena de se criar uma inusitada modalidade de *juízo antecipado da lide* fora das hipóteses estritas que agora estão previstas especificamente no art. 397 do CPP, ou seja, (a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude; (b). existência manifesta de causa excludente da culpabilidade (salvo a inimputabilidade); (c). o fato narrado evidentemente não constituir crime; (d). extinção da punibilidade<sup>46</sup>.

Essa questão é igualmente pacífica na doutrina processual penal. Como é cediço, nessa fase de admissibilidade da acusação, meramente informativa, incide o princípio do *in dubio pro societate*, tudo recomendando relegar a análise mais aprofundada e valorativa da prova para o contraditório, durante o qual será possível aferir a credibilidade que as testemunhas efetivamente mereçam<sup>47</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

I. Na sociedade antiga, Platão já apresentava como principal característica em suas obras a boa convivência dos homens em sociedade, como uma verdadeira arte política necessariamente deveria zelar pelo interesse público e não pelo privado, isto porque o interesse público aglutina os Estados, ao passo que o privado os corrompe.

II. Segundo Platão, a justiça não é uma virtude como todas as outras. Ela é o horizonte de todas e a lei de sua coexistência, completa e se traduz em dois sentidos: em conformidade com o direito e como igualdade ou proporção.

---

<sup>46</sup> Conforme já mencionado, o referido dispositivo cuida das hipóteses de absolvição sumária, antes mesmo da instrução processual.

<sup>47</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 9ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2014. P. 97-98.



III. Para o alcance da Justiça as leis serviriam como coesão dos Estados e o interesse comum. A lei jamais poderia se divorciar dos interesses dos indivíduos e a vontade do Estado. Era por meio da lei que se buscava uma punição para os eventuais transgressores, relativizando a liberdade inerente a todos indivíduos.

IV. Em um primeiro momento, a persecução criminal era privada e o Estado se mostrava absolutamente indiferente ao resultado da batalha processual. Com o passar do tempo, vislumbrou-se que as acusações sustentadas pelo próprio ofendido dariam ensejo a teses passionais, eivadas de exageros, as quais buscariam vingança ao invés de Justiça.

V. Avocando o Estado para si o monopólio do direito de punir, passou-se pelo sistema inquisitivo, na qual as funções de investigar, acusar e julgar eram centradas em uma mesma figura, limitando-se o direito de defesa do indivíduo. Decerto, existiam inúmeros abusos e injustiças dentro desse sistema.

VI. Com a evolução do pensamento iluminista e numa concepção humanista da pena amparado pelos estudos de Beccaria, as funções de acusar, julgar e defender são cindidas, como forma de garantir um julgamento justo, equilibrado e proporcional àqueles que violavam as leis.

VII. Surgiu aí a figura do Ministério Público, instituição de caráter eminentemente iluminista e fruto da democracia, que, apesar de ser integrante da estrutura do Estado, era um órgão incumbido na defesa da sociedade, inclusive na busca de uma punição justa e pautada na estrita legalidade daqueles que violassem a lei.

VIII. A Constituição de 1988 conferiu elevado status constitucional ao Ministério Público brasileiro, desvinculando-o dos três poderes e incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e do próprio regime democrático.

IX. Quando a Constituição Federal dá ao Ministério Público a titularidade exclusiva para propor a ação penal, isso significa que ninguém pode ser condenado por crime de ação pública sem que o Ministério Público tenha o acusado.

X. Isto porque o poder público tem interesse na solução do conflito para a realização, em última análise, da paz social, que é a maneira da sociedade viver e se desenvolver. Por essa razão, o melhor caminho ainda está na atribuição da tarefa de persecução penal a um órgão independente e estruturado do próprio Estado, que está sujeito, evidentemente, a formas de controle.

XI. Embora num Estado democrático, jungido à soberania popular, se pudesse em tese admitir que a ação penal pública pudesse ser movida por qualquer um do povo, os inconvenientes práticos o desaconselhariam: ao indivíduo, que se decide sempre ou quase movido por motivos pessoais, falta a serenidade e a objetividade próprias do órgão público, que age objetivamente e tecnicamente no adimplemento de seus deveres funcionais, com a garantia de cultura superior e de probidade pessoal conferida e vigiada. Isto poderia propiciar, de um lado, acusações temerárias e levianas.

XII. Por conseguinte, o monopólio da ação penal, em nosso País, é um instrumento de efetividade na defesa de direitos fundamentais e não encerra uma simples reserva de atuação do Ministério Público (como ocorre nos sistemas europeus), mas proporciona um mecanismo posto à disposição da própria sociedade. Trata-se de uma forma de limitação do poder do próprio Estado.

XIII. Ressalte-se que a Constituição Federal atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica. Isto está indissolúvelmente ligada à regra que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (C.F., art. 129, I), traduz, na sua essência, o dever do Promotor de Justiça de atuar nos estritos limites da lei (princípio da obrigatoriedade) e com objetividade.

XIV. Determinar quando uma conduta seja danosa ou traga perigo, corresponde ao legislador; e, uma vez que este expressou seu convencimento e consagrou tal conduta como delituosa, a ação penal deve sempre ser proposta. Essa função não pode ser avocada pelo Promotor de Justiça cabendo a este, sempre, por dever constitucional, fundamentar suas manifestações processuais.

XV. O princípio da obrigatoriedade da ação penal impõe ao Promotor de Justiça não só o dever funcional positivo, de promover a ação penal pública e buscar a comprovação do fato em tese típico, como também o dever funcional negativo, qual seja, de requerer o arquivamento do inquérito ou peças informativas, quando a realidade dos fatos não fornecer elementos suficientes que traduzam a suspeita razoável de autoria e materialidade.

XVI. Desta maneira, ao Poder Judiciário incumbe qualidade de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, posto que o Ministério Público precisa requerer o arquivamento a ser homologado pelo juiz. Este também realiza a fiscalização do referido princípio no momento do recebimento da peça acusatória, examinando-o juntamente com os pressupostos processuais e com as condições da ação.

XVII. Dentre essas condições, está a justa causa, agindo como limitador do poder punitivo do Estado e de eventual arbítrio. Cuida-se, além disso, de um marco civilizatório, uma vez que a restrição da liberdade exige processo justo e regular, o qual só poderá existir com uma acusação formal suficientemente detalhada, embasadas em elementos mínimos que lhe confirmam sustentabilidade

XVIII. Assim, a doutrina define justa causa como o suporte probatório e jurídico mínimo exigido para deflagrar a movimentação da atividade jurisdicional penal de natureza condenatória. É a plausibilidade da acusação, quer pela perspectiva material, quer seja pela aparência do direito material invocado.

XIX. Parte da doutrina sempre erigiu a justa causa como condição da ação penal, conferindo peculiaridade ao Direito Processual Penal e cindindo completamente com a construção da Teoria Geral do Processo, embasada pelos processualistas civis. Porém, a referida condição somente passou a constar expressamente no texto legal a partir da reforma de 2008 do Código de Processo Penal.

XX. Não obstante, nesse momento processual, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, de modo que a análise da justa causa não pode resultar na equivocada ampliação do critério cognitivo do juiz, no momento de apreciar o recebimento da denúncia, sob pena de se criar uma inusitada modalidade de *juízo antecipado da lide* fora das hipóteses estritas no Código de Processo Penal.

XXI. Ante o exposto no trabalho, pode-se concluir que o exercício responsável e moderado da ação penal por parte de um órgão de cunho democrático garante, além de um processo justo, uma constante observância aos direitos fundamentais e às liberdades públicas, árduas conquistas da humanidade.

## **6. REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA**

BECCARIA, Dos delitos e das Penas. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. 9ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal. 1ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 180.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal (Volume único)*. 8ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MIRANDA Theobaldo. *Manual da Filosofia – Curso de Filosofia e ciências*. 15º edição. São Paulo: Editora Companhia Nacional, 1970.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – Volume I*. 3ª atualização. Campinas: Editora Millennium, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – Volume II*. 3ª atualização. Campinas: Editora Millennium, 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ª edição. São Paulo: Editora Gen Atlas, 2020.

PLATÃO. *A República (ou sobre a justiça, diálogo político)*. Livro IV. Tradução: Anna Lia do Amaral de Almeida Prado. Revisão técnica e introdução: Roberto Bolzani Filho. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes.

PLATÃO. *As Leis (incluindo Epinomis)*. Livro IX. Tradução, notas e introdução: Edson Bini. Prefácio: Dalmo de Abreu Dallari. 2ª edição. Bauru: Edipro, 2020.

TORNAGHI, Helio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

ZILLI, Marcos. Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: Editora LiberArs, 2017.

## VALORAÇÃO DAS PROVAS: O STANDARD PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

**JOSÉ ITALO SANTOS PRESTES:**  
Acadêmico de Direito da Faculdade  
São Lucas.

**JOÃO ARTHUR ANASTACIO DE OLIVEIRA**

(coautor)<sup>48</sup>

**DANDY JESUS LEITE BORGES**

(orientador)<sup>49</sup>

**Resumo:** Este presente artigo busca em sua essência analisar a efetividade do *Standard* Probatório brasileiro na busca pela análise racional das provas à justiça. A metodologia utilizada neste artigo foi o da dialética com o intuito de debater ideias e chegar a algumas conclusões. A pesquisa foi explicativa para demonstrar o que viria ser o *Standard* Probatório. Por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também está contida no artigo. O resultado encontrado desse artigo é que o *Standard* Probatório adotado é suficiente e efetivo para se chegar à justiça no processo penal brasileiro.

**Palavras-chaves:** Valoração das provas, *Standard* Probatório, Processo Penal.

**Abstract:** This article seeks in its essence to analyse the effectiveness of the Brazilian *Standard* Probatório in the search for the rational analysis of the evidence to justice. The methodology used in this article was that of dialectics in order to debate ideas and reach some conclusions. The research was explanatory to demonstrate what would become the *Standard* Probator. Finally, the jurisprudence of the Supreme Federal Court is also contained in the article. The result found in this article is that the *Standard* Probatório adopted is sufficient and effective to reach justice in the Brazilian criminal process.

**Keywords:** Valuation of evidence, *Standard* Evidence, Criminal Procedure.

**Sumário:** Introdução. 1. Valoração das provas. 1.1. Evolução histórica da prova e da verdade. 1.2. Digressão Histórica dos sistemas de valoração da prova. 2. O Que é o Standard Probatório. 2.1 Variações do Standard Probatório e a Possibilidade do Rebaixamento. Conclusão. Referências.

---

48 Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas.

49 Promotor de Justiça. Professor Universitário da Faculdade São Lucas.

## INTRODUÇÃO

Durante muitos anos, até o início da modernidade, grandes civilizações viveram sob o mando e desmando de órgãos com poder absoluto, sendo esse absolutismo proveniente de um monarca ou de um ditador. A vida e a liberdade das pessoas dependiam do humor do soberano, sendo as suas decisões arbitrárias fonte constante de insegurança, o que gerava um grande temor e supressão dos direitos da população. O poder concentrado em um governo autocrático provocava temor constante nas pessoas, pois aqueles que desagradassem os detentores do poder estariam sujeitos a julgamentos arbitrários, muitas vezes com sanções de caráter cruel. A verdade e a lei, portanto, se confundiam com a vontade do déspota, isto é, da autoridade tirânica (BOBBIO, 2000, p. 388).

Logo, é de grande relevância social e, principalmente no meio jurídico, a compreensão acerca dos mecanismos de utilização das provas no âmbito do processo penal, visto que serve como limitador do poder punitivo estatal. E, no mundo moderno, através dos avanços sociais, é sob o contraditório e a ampla defesa que os *players* processuais realizam suas estratégias e produzem suas provas, devendo sempre observar e respeitar as garantias processuais e os direitos fundamentais, sob pena de produzirem, respectivamente, provas ilegítimas e ilícitas, que não são aceitas no âmbito do processo como elementos de comprovação dos argumentos das partes, salvo algumas exceções quando forem utilizadas em favor do acusado, isto é, a prova ilícita "*pro reo*" (MOUGENOT, 2019, p. 484)

Contudo, a regra é a produção de provas lícitas e legítimas, sendo plenamente aplicado no processo penal o princípio da cooperação judicial que é originariamente do processo civil, baseando-se, também, na lealdade e na boa-fé processual das partes (DE ALMEIDA, 2019, p. 46-48). Além disso, conforme as lições de Aury Lopes Jr., no processo penal, em que se lida com os mais valiosos direitos, dentre eles, a liberdade, a "*forma é garantia*" e, portanto, deve ser respeitada e cumprida (2020, p. 583).

Nesse sentido, faz-se mister uma investigação acerca da importância da busca pela prova e pela verdade, quem tem o ônus de produzi-las e comprová-las e como elas devem ser alcançadas, visto que essa temática perpassou diversas culturas e entendimentos, com seus mais variados métodos e sistemáticas, a fim de se chegar ao modelo de apreciação de provas que fosse mais assertivo. Como sabido, a prova busca revelar e chegar à verdade mais próxima dos fatos, entretanto, por ser a verdade real uma finalidade por diversas vezes inalcançável, adota-se na atual sistemática brasileira, em consonância com o sistema acusatório e ao Estado Democrático de Direito, a verdade processual ou judicial.

Nessa esteira, muito se questiona no meio jurídico se o *standard* probatório adotado no Brasil é suficiente na busca efetiva do provimento jurisdicional justo. Salienta-se que, a escolha de um *standard* probatório que evite a ocorrência de erros judiciais que prejudicam

a sociedade e cause menos insegurança jurídica é de suma importância para a preservação dos direitos mais importantes na vida em comunidade. Tal escolha deve ter sempre como norte o respeito ao próximo e o direito de defesa. Um *standard* probatório consistente na regular aplicação das normas processuais é fundamental na construção de uma paz e justiça social.

## **1 VALORAÇÃO DAS PROVAS**

A valoração das provas no âmbito do processo judicial brasileiro é realizada pelo magistrado baseando-se no sistema do livre convencimento motivado, estando abarcados nessa sistemática legal da apreciação das provas, tanto os aspectos subjetivos, que também podem ser chamados de juízos subjetivos do magistrado, na qual o valor de uma prova é determinado levando-se em consideração as impressões e interpretações do órgão julgador, relacionado às condições e circunstâncias factuais que circundam a sua produção, quanto os parâmetros objetivos em sua valoração, como, por exemplo, os ritos legais que devem ser observados pelo julgador acerca da produção de provas, a fim de que não sejam aceitas provas ilícitas e ilegítimas no processo. Ademais, o juiz não está vinculado por lei a aceitar determinadas provas, contudo, tem a obrigação de explicar as razões de aceitá-las ou negá-las, no todo ou parcialmente, uma vez que são produzidas sob o contraditório, em uma dinâmica de dialeticidade.

Dentro do processo penal, portanto, a decisão que põe fim à fase cognitiva, isto é, a sentença penal, deverá ser prolatada com fundamento no princípio da imparcialidade, no sistema acusatório e nas provas produzidas, não podendo a convicção de o magistrado ser formada apenas por elementos informativos colhidos na investigação, excetuadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme preceitua o art. 155 do Código de Processo Penal.

### **1.1 Evolução Histórica da Prova e da Verdade**

Ao longo de toda a história o Direito defrontou-se com a problemática da construção da verdade, perpassando por diversas culturas e modos de obtenção da verdade, com critérios e regras variadas, a fim de se chegar a uma decisão possivelmente justa. A necessidade da prova para se chegar a uma verdade, portanto, vem de milênios, e, de acordo com Khaled Jr., tem-se como um dos primeiros e principais exemplos, o sistema implantado por Sólon (639-559 a.C.) em suas legislações, na democracia ateniense, em que vigia o sistema acusatório puro, com a possibilidade dos cidadãos questionarem diretamente ao acusado. Tratava-se de uma disputa dialética das provas diante de uma multidão que julgava nos tribunais, com grandes debates encenados pelos sofistas e outros mestres da retórica e da oratória. Segundo o autor:



“Aristóteles destacava a acusação popular como um dos elementos principais do sistema judicial de Sólon. [...] O acusador original poderia ser substituído por outros no decorrer do processo, enquanto o acusado deveria necessariamente defender-se, ainda que eventualmente apoiado por outros cidadãos” (KHALED JR., 2013, p. 18-19).

A partir do advento das leis de Sólon, portanto, a prova foi introduzida no processo para que houvesse uma análise circunstancial dos fatos, por exemplo, na utilização de testemunhas, contratos e juramentos (LOPES, 2019, p. 39-40), objetivando a obtenção de uma resposta racional acerca da inocência ou culpabilidade do réu, visto que anteriormente o Estado punia os cidadãos de forma arbitrária, sem a possibilidade da contra argumentação por parte do acusado.

Apesar disso, a busca pela verdade no processo se mostrou, durante muitos séculos, especificamente no âmbito do sistema inquisitório, um pretexto para a prática de decisões arbitrárias, dissociadas, por vezes, de critérios lógicos e proporcionais aos atos cometidos pelo acusado, como, por exemplo, explicado de antemão, ocorria no sistema de apreciação de provas dos ordálios, em que se acreditava que um ente divino se manifestaria através de um fenômeno natural e que este fenômeno indicaria se o réu era culpado ou inocente. Cabia ao juiz, nessa situação, apenas constatar o resultado e aplicar a sanção.

Assim, ao longo dos anos, após o período da idade média, com surgimento do renascimento e entrando na modernidade, as crenças e as superstições, muitas das vezes apartadas de uma metodologia racional de apreciação das provas, deram lugar a lógica e a razão (MOUGENOT, 2019, p. 496). E aos poucos a discussão acerca da construção de uma verdade processual ou judicial foi ganhando espaço. Embora que muito discutido se a verdade real é realmente uma forma da prática inquisitória, é consenso que devem ser alcançadas no bojo do processo, mediante investigação causal e colheita de indícios de autoria e da materialidade, a maior fidedignidade entre os acontecimentos que circundam o fato e a decisão a ser prolatada pelo magistrado.

Ainda que prévia e sabidamente imperfeita, parte dos processualistas penais afirmam que é preferível que o processo penal construa uma verdade processual, visto que dificilmente será alcançada uma verdade plena, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza jurídica, que pode ou não corresponder com a realidade histórica dos fatos. A busca pela verdade real, então, segundo essa corrente, seria prejudicial à garantia dos direitos fundamentais, uma vez que o juiz teria autonomia para agir de ofício na busca de provas, rompendo, assim, com o sistema acusatório e o princípio do “*ne procedat iudex ex officio*” (LOPES JR., 2020, p. 66)

Na doutrina pátria é possível verificar, ainda, defensores da possibilidade da aplicação do princípio da verdade real, salientando que “o conjunto instrutório deve refletir, no maior grau de fidelidade possível, os acontecimentos pertinentes ao fato investigado” (MOUGENOT, 2019, p. 107). Outrossim, afirma-se, também, que só existe uma verdade e esta deve ser demonstrada no processo, sendo a questão dicotômica entre a verdade real e a verdade formal ou processual cada vez mais mitigada. Ademais, a verdade real não seria um salvo conduto para práticas inquisitórias, em razão de limitações impostas por normas constitucionais e infraconstitucionais (AVENA, 2020, p. 96-97).

Nessa esteira, frisa-se que a jurisprudência tem acolhido o princípio da verdade real no processo penal. Cite-se um julgado do STJ nesse sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. EXPOSIÇÃO DE PERIGO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA DE DIVERSAS VÍTIMAS, MEDIANTE EXPLOSÃO. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO CURSO DO PROCESSO PENAL. ATUAÇÃO SUBSIDIÁRIA. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, DA REALIZAÇÃO DE EXAME COMPLEMENTAR DE CORPO DE DELITO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 168, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. AGRAVO IMPROVIDO.***

*1. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “no curso do processo penal, admite-se que o juiz, de modo subsidiário, possa - **com respeito ao contraditório e à garantia de motivação das decisões judiciais** - determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, seja **por força do princípio da busca da verdade**, seja pela adoção do sistema do livre convencimento motivado” (RHC n. 59.475/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe de 18/6/2015).*

*(...)*

*(AgRg no RHC 119112/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe de 27/05/2020)” (grifo nosso).*

Destarte, no afã de entender, afinal, o que é a verdade no campo jurídico, mencionam-se algumas das principais teorias da verdade, que são: a teoria da correspondência; a teoria da coerência; a teoria do pragmatismo e o consensualismo. Entretanto, ressalta-se apenas uma delas, que grande parte da doutrina anglo-americana

adota, a teoria da correspondência, que é “baseada na ideia de que uma proposição é verdadeira se ela corresponde ao fato ou ao modo como as coisas são realmente no mundo” (DALLAGNOL, 2018, p. 37).

Nesse sentido, a natureza da prova apresenta-se com a atribuição de indicar uma possível ocorrência dos fatos, em outras palavras, a hipótese acerca de determinado fato é construída por meio de crenças ou evidências. Dessa forma, a conexão entre crenças que foram criadas mediante um prévio conhecimento de mundo, que é feito mediante constatações e comprovações empíricas, é capaz de originar uma nova crença, a conclusão ou uma hipótese (DALLAGNOL, 2018, p. 24-25).

Portanto, para que a prova alcance seu objetivo de demonstrar a verdade, faz-se necessário a existência prévia de um conhecimento epistemológico formado por meio de comprovações científicas, como, por exemplo, ocorre no laudo pericial do exame tanatoscópico, em que um perito médico legista, utilizando-se dos conhecimentos provenientes da tanatologia forense, define as circunstâncias envolvidas no delito, a fim de fornecer elementos que sejam capazes de conduzir a investigação à autoria do crime, bem como, segundo Wilson Luiz: “*definir a causa da morte e também o tempo desta, não se resumindo, apenas, a esses fatores*” (FERREIRA, 2020, p. 415).

Assim, a prova é produto da junção entre crenças formadoras de uma nova crença, pois fornecem suporte empírico, para que se conclua que a nova crença seja considerada verdadeira. Tais crenças podem ser chamadas, também, de evidências, pois constituem conhecimento de mundo que conduzem a uma determinada conclusão lógica. As evidências são elementos de prova que sustentam uma determinada hipótese, isto é, uma crença embasada formada a partir de crenças embasadoras (DALLAGNOL, 2018, p. 27).

Além disso, não se devem confundir as evidências com os dados, pois as evidências são informações específicas que servem de inferência para determinado fato ou hipótese e está diretamente ligado ao objeto de investigação, enquanto os dados podem ser quaisquer informações, independente de relação com o fato sob análise.

Na doutrina a prova é por diversas vezes tratada como um fato que provará outro fato, denominado no latim como *factum probans* (elemento de prova) e *factum probando* (objeto de prova). No entanto, alguns autores tratam de corrigir a denominação de que as provas são “fatos”, para “proposições sobre fatos”, visto que se trata de uma construção de hipóteses, como já relatado anteriormente.

Pontua-se, por fim, que o termo “prova” no âmbito jurídico brasileiro, é plurívoco, isto é, engloba diversas formas de significação. Assim, é possível dizer que em determinados momentos a prova pode ser entendida das seguintes formas: a) a atividade das partes em trazer elementos que comprovem a veracidade de suas alegações; b) os

meios de prova utilizados que demonstram a verdade dos fatos; c) o resultado da atividade probatória ou o efeito de convicção que é provocado no magistrado.

Nesse sentido, a prova tem a finalidade de suprir o órgão julgador de elementos suficientes acerca dos fatos e permitir que o faça incidir o direito sobre eles, de maneira a confirmar ou recusar as alegações suscitadas pelas partes (MOUGENOT, 2019, p. 468).

## **1.2 Digressão Histórica dos Sistemas de Valoração da Prova**

Atualmente, o Código de Processo Penal Brasileiro fundamenta-se no sistema do livre convencimento motivado do juiz ou livre apreciação da prova produzida no âmbito do processo com submissão ao contraditório judicial, contudo, ressalva-se que existem resquícios de outros sistemas de apreciação das provas, que será abordado mais adiante. Assim, nesse atual sistema predominante na lei processual penal, o magistrado não está vinculado a valores predeterminados em lei, cabendo a ele próprio valorar e atribuir peso às provas carreadas nos autos, não tendo, portanto, uma hierarquia entre as provas que foram produzidas. Tem-se como exemplo disso, o disposto no art. 182, demonstrando a possibilidade do juiz em aceitar parte ou negar totalmente a prova pericial, pois, não está vinculado à sua produção.

Dentre os mais relevantes sistemas de apreciação das provas, mas não incluso em nossa sistemática processual, cita-se, o sistema dos ordálios: na idade média existiam os juízes de Deus ou os ordálios, que se baseavam em crenças e superstições, na qual se acreditava que um ente divino interviria no julgamento e revelaria a inocência do acusado se ele conseguisse vencer as provas impostas. Cabia ao julgador somente a constatação do resultado final.

Quanto aos sistemas de avaliação da prova que ainda estão presentes em nossa lei processual penal, pode-se citar, inicialmente, o sistema legal ou tarifado das provas, na qual o julgador é vinculado a critérios predefinidos em lei, sendo impossível sua liberdade de avaliação relativa ao caso em concreto. Apesar da desvantagem de tal condicionamento, foi a partir desse sistema que o direito começou a ter critérios objetivos a respeito da aplicação da pena, deixando para trás o subjetivismo e o jugo da autoridade soberana ou da entidade religiosa.

Outro sistema que perdura em nosso Processo Penal é o da íntima convicção do julgador. Diferentemente do livre convencimento, no sistema da íntima convicção o julgador não precisa demonstrar as razões de sua decisão, podendo julgar de forma independente provas preexistentes, exteriorizando apenas a sua convicção. Essa sistemática é encontrada no Código de Processo Penal relativo aos julgamentos afetos ao Tribunal do Júri.

No julgamento do Júri, o conselho de sentença, formado por pessoas do povo (jurados), não precisa motivar sua decisão e, por não haver o dever de motivação, os jurados poderão decidir conforme critérios subjetivos que formam a sua íntima convicção. Contudo, apesar do princípio da soberania do veredito do conselho de sentença, é pacífico na jurisprudência e na doutrina que o julgamento de júri manifestamente contrário às provas trazidas nos autos, é passível de anulação mediante revisão criminal.

O sistema processual penal brasileiro, portanto, adota majoritariamente o sistema do livre convencimento motivado do juiz e, em decorrência disso, o magistrado deverá analisar todas as provas presentes no processo e proferir sua decisão, justificando qual a razão da mesma. Nesse sentido, cumpre registrar que existem alguns padrões probatórios para se chegar a uma decisão e o padrão adotado no Brasil é o da prova além da dúvida razoável, sendo este o utilizado na sentença.

A defesa, então, utilizando-se da presunção de inocência, tem a missão de, quando não conseguir comprovar de forma cabal a inocência de seu cliente, ao menos gerar dúvida no magistrado, pois, conforme o princípio *in dubio pro reo* presente no art. 386, IV do CPP, o juiz, na dúvida, deve absolver, isto é, deve decidir a favor do réu. Assim, é exigido na lógica processual brasileira um lastro probatório suficiente para a condenação, o que se denomina de *standard* probatório, o *quantum* necessário para proferir uma decisão.

O *standard* probatório, assim, poderá ser diferente de acordo com a decisão a ser proferida, a exemplo do despacho, da decisão interlocutória ou de uma sentença condenatória.

## 2 O QUE É O STANDARD PROBATÓRIO

O *standard* probatório seria os parâmetros a serem seguidos pela justiça para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu. *Standard* probatório seria o grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir. Os Standards são, portanto, os graus de "aval", confiabilidade, credibilidade, confiança (sempre subjetivo, portanto). Esses graus de "aval" não são probabilidades matemáticas (HAACK, 2014).

Dado a isso, para que um *standard* seja completo, deve exigir provas que suportem todos os fatos pela acusação e que sejam penal e processualmente relevantes (BADARÓ, 2019).

É muito importante que haja critérios definidos que demonstrem que aquela prova é suficiente para que não haja dúvidas razoáveis acerca daquele fato que está sendo imputado contra um indivíduo (GASCÓN ABELLÁN, 2005). Um *standard* confiável é aquele que tenha um mínimo de carga probatória que torne aquele acontecimento provado aos olhos da sociedade (KIRCHER, 2018).

O *standard* da prova serve para que não haja condenações arbitrárias, é um alicerce para que o processo penal seja o mais justo possível nas suas análises dos casos concretos. Não se pode quantificar em números qual a probabilidade de que cada elemento de comprovação seja verdadeiro e que possa ser usado. Como no Processo Penal existe o princípio do *in dubio pro reu*, para que a pessoa que está sendo julgada venha a ser condenada, deverá haver uma superação de qualquer dúvida razoável acerca do caso. Por isso que no Processo Penal brasileiro utiliza-se um *standard* bem elevado para que haja a condenação (BRASILEIRO, 2019, p 625).

O processo penal brasileiro traz vários tipos de Standards Probatórios que varia de acordo o momento no processo. Na sentença, por exemplo, usa-se um *standard* mais elevado, pelo simples fato de ser a parte mais importante processual e que poderá colocar um indivíduo na cadeia. Já em uma denúncia para ser aceito, o *standard* probatório poderia ser menos elevado. Tudo isso está dentro de uma política criminal que foi imposta no Brasil para que venha ter um mínimo de erro possível na hora de julgar um indivíduo (LOPES JR, 2020, p 397).

O princípio da presunção da inocência está totalmente ligado aos Standards Probatórios e como deve haver uma prova clara para que uma pessoa seja condenada. Dentro da presunção da inocência está o *in dubio pro reu*, ou seja, caso haja dúvida se o acusado é realmente culpado ou não, deverá ser inocentado pelo juiz. Dado a isso, o *standard* que será usado para condenar alguém, o além da dúvida razoável deverá estar carregado de uma prova robusta, que dê a mínima certeza ao julgador da real culpa do acusado (LOPES JR, 2020, p 397).

Porém, é pacífico entre os doutrinadores que é impossível chegar a 100% de certeza sobre que realmente houve um fato delituoso através de qualquer prova produzida, que ateste a veracidade do fato e que o autor realmente é culpado. Dado a isso, chega-se a um impasse do julgador na hora de condenar ou absolver o réu. Já que é impossível ter 100% de certeza de um fato, infelizmente o juiz acabará condenando um inocente, ou até mesmo às vezes pela insuficiência de provas, inocentando um acusado, de acordo com o princípio relatado anteriormente (DALLAGNOL, 2018, p 253). Por isso que o julgador tem que analisar bem quanto de nível de *standard* probatório deverá ter para que seja proferida uma condenação criminal. Quanto mais alto for o Standard, mais difícil será para haver uma condenação, logo, muitas pessoas que realmente são culpadas não seriam condenadas. Inversamente, quanto menor fosse o nível de *standard* probatório para uma condenação, muitas pessoas inocentes acabariam sendo condenadas injustamente (DALLAGNOL, 2018, p 255).

Dentro do direito penal existe o instituto do Regime Disciplinar Diferenciado, que serve para os presos provisórios ou condenado que cometem crimes considerados dolosos dentro do presídio ou que apresente grande ameaça para aquele local. Nesse contexto,

existe a possibilidade de o preso ser colocado em Regime Disciplinar Diferenciado se a ele recair fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

Porém, como está sendo estudado nesse artigo acerca do *standard* probatório e qual o nível de confiabilidade que deve ser utilizado para acontecer qualquer decisão criminal, deve-se haver um cuidado com as expressões “fundadas suspeitas” para que uma atitude tão brusca dessa seja tomada. Como no processo penal deve haver um *standard* um pouco elevado para que o juiz tome uma decisão, existindo apenas meras suspeitas, não há a necessidade de tal atitude.

## 2.1 Variações do Standard Probatório e a Possibilidade do Rebaixamento

Dentro da área das provas no processo penal, existem vários tipos de Standards Probatórias que serão usados dentro do processo ou até mesmo antes dele. Entre eles: prova clara e convincente (clear and convincing evidence); prova mais provável que sua negação (more probable than not); preponderância da prova (preponderance of the evidence); e prova além da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt). O último Standard, prova além da dúvida razoável, é o mais confiável e lúcido entre todos, por isso é utilizado na hora da condenação. Por isso, o magistrado terá que receber uma prova que o deixe em uma condição adequada para optar pela condenação (LOPES JR., 2020, p 396).

Entre os outros Standards, podem ser usados nas demais fases do processo. Por exemplo, para o recebimento de uma denúncia, não é necessário que se use um *standard* muito elevado. Como o próprio Código de Processo Penal diz, deverá haver indícios razoáveis, suficientes, na fase interlocutória do processo. Isso seria o rebaixamento do *standard* probatório, em que não precisará usar uma carga alta de prova (LOPES JR., 2020, p 398).

O *standard* probatório além da dúvida razoável é o mais seguro para que seja usado no processo penal na fase condenatória do processo. Porém, como qualquer Standard, não é totalmente preciso, por isso, acarreta algumas críticas ao seu uso. Entretanto, a partir do momento em que há uma adequação na forma como ele será utilizado, trará bons frutos à justiça e fará com que haja menos erros judiciários.

A própria jurisprudência em alguns julgamentos já utilizou a tese de “para além de qualquer dúvida razoável” para se condenar alguém. No famoso caso do Mensalão, Ação Penal 470, vide voto da ministra Rosa Weber, in verbis:

“Certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve

ser robusto o suficiente para alcançar o standard de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável. Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja “irrazoável”, inacreditável ou inverossímil. (Supremo Tribunal Federal, Plenário, AP 470, 2012, fl. 52.710 (no voto da Min. ROSA WEBER).”

De acordo com as lições de Dallagnol (2018):

“O melhor Standard Probatório, que exprime essa ideia, é o da prova para além de uma dúvida razoável ou, na expressão inglesa, beyond a any reasonable doubt. Essa noção, embora um tanto fluida, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas e, ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal. Dentro dessa ideia, apenas a dúvida que seja razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, e nesse sentido é que deve ser compreendido o brocardo in dubio pro reo”.

Ainda falando sobre o rebaixamento do *standard* probatório, temos um exemplo nos crimes sexuais, em que a palavra da vítima somente é utilizada para se receber a denúncia contra o acusado. Isso seria muito pouco e algo perigoso para se colocar alguém em um status de acusado apenas com esse tipo de verificação. Em outros casos, se tem a palavra da vítima mais o reconhecimento pessoal (feito pela própria vítima), ou seja, não se rompe com a circularidade probatória da “palavra da vítima” e em última análise, ainda que não pareça, se está condenando apenas com base na palavra dela. Tal prática se traduz em um rebaixamento não justificado e não autorizado de *standard* probatório. Até porque a presunção de inocência não é “maior ou menor”, “mais robusta ou mais frágil”, conforme a natureza do crime” (LOPES JR., 2020, p 399).

Nessa mesma perspectiva se situa o inaceitável rebaixamento de *standard* nos julgamentos levados a cabo nos Juizados Especiais Criminais, onde, sob o equivocado argumento de “menor gravidade da infração” (e, portanto, da própria pena), acaba por exigir menos em termos de qualidade probatória para um juízo condenatório. E voltamos ao ponto: a presunção de inocência não é menor porque o crime é de menor gravidade. Ela permanece hígida e não varia conforme a pena. Tal erro histórico encontra definição naquilo que CORDEIRO chama de equação homeopática: à “*plena probatio*” correspondem as penas ordinárias; as “*semiplenae probationes*” implicam as penas diminuídas. Essa era a



lógica probatória do sistema inquisitório, absolutamente incompatível, por óbvio, com o processo penal contemporâneo. (LOPES JR., 2020, p 399).

## CONCLUSÃO

No estudo se questionou se a sistemática e os padrões adotados quanto à valoração das provas no Processo Penal Brasileiro são suficientes para a prolação de sentenças justas, baseadas em provas robustas e que quando não conseguem corresponder à realidade dos fatos ao menos se aproximam dela.

O *standard* probatório utilizado no sistema processual penal brasileiro, a depender do grau de certeza que a decisão requer, pode ser considerado suficiente para a efetiva prestação jurisdicional. No momento do recebimento da denúncia ou da decisão de pronúncia do réu, basta que haja indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, contudo, para a prolação de uma sentença condenatória, é necessário que haja prova além da dúvida razoável.

O juiz, nesse sentido, deverá, baseando-se no sistema do livre convencimento motivado, analisar o conjunto probatório a fim de dar uma decisão justa e fundamentada, explicando as razões do acolhimento de uma prova em detrimento de outra, sopesando as provas que, no caso em concreto, estão mais próximas de alcançar a verdade processual.

As provas quando trazidas ao processo, deixa de pertencer às partes e começa a servir ao processo, daí emerge a necessidade do juiz verificar todas as provas produzidas, submetendo-as ao contraditório. Assim, o padrão adotado pelo Brasil na sentença penal, o qual surgiu na tradição anglo-saxã, corresponde ao critério mais rígido de suficiência probatória, admitindo o seu rebaixamento de acordo com a fase procedimental.

Nesse sentido, a construção “prova além da dúvida razoável”, embora passível de críticas, pode aportar contribuições a dogmática jurídica brasileira, tendo em vista a sua utilização consolidada internacionalmente na teoria do processo penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL, Ação Penal. **Ação Penal (AP) n. 470**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 24 fev. 2021

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução: Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As Lógicas das Provas no Processo: prova direta, indícios e presunções**. 1. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

DE ALMEIDA, J. E. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL. **Revista da Esmam**, v. 10, n. 10, p. 31 – 49, 08 maio 2019.

GASCÓN, ABELLÁN, Marina. **Sobre a Possibilidade de Formular Standars Probatórios Objetivos**. Espanha: Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho, 2005.

HAACK, Susan. **As Evidências importam: Ciência, Prova e a Verdade da Lei**. Inglaterra: Cambridge University Press, 2014.

KHALED JR., Salah H. **A busca da Verdade no Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KIRCHER, L. F. S. . **O Convencimento Judicial e os Parâmetros de Controle Sobre o Juízo de Fato: Visão Geral, Direito Comparado e o Tribunal Penal Internacional**. **Duc in Altum Cadernos de Direito** , v. 10, p. 179, 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NARDELLI, Marcella A. M. **Presunção de inocência, standard de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal**. In: SANTORO, Antonio Eduardo R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (org.). Crise no processo penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 289-309.

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

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: AgRg no RHC 0049711-08.2019.8.19.0000 RJ 2019/0305213-3. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 27/05/2020. **JusBrasil**. 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855201225/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-119112-rj-2019-0305213-3/inteiro-teor-855201235>>. Acesso em: 17/03/2021.

## **PARTIDO NAZISTA, SAUDAÇÃO NAZISTA, UMA NOVA ETAPA DA CORROSÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

**ADEL EL TASSE:** Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais. Autos de dezenas livros e artigos publicados em livros, revistas e periódicos.

Não começou nas câmaras de gás; não começou nos campos de extermínio; não começou na solução final; não começou nas guerras; começou em um discurso.

Sim, o nazismo, como várias outras brutalidades praticadas na história da humanidade, como a Inquisição Medieval, as matanças napoleônicas, a escravidão tiveram seu início em um discurso, um discurso capaz de gerar simpatia em parte da população, regra geral, baseado em crenças primárias, de que haveria um mal a ser combatido, sendo parte da sociedade dotada de superioridade ética, portanto, com capacidade de combater o mal, desde que habilitados em seu favor meios excepcionais, como as torturas, o monopólio da violência, a plena liberdade de realizar juízos morais com força de lei, separando dignos de indignos.

As novas manifestações de simpatia ao nazismo no Brasil são graves e extremamente preocupantes, por já atingirem o grau de sua realização aberta, em meios de comunicação de massa, mas, não devem estas contundentes e abjetas ações servir a esconder a realidade, não são elas o início de nada, como não são o fim, são apenas a parte de um processo que vem sendo gestado na sociedade brasileira já faz alguns anos, a partir da habilitação de um discurso corrosivo da democracia.

No livro "*Contra Lava Jato*", em 2018, no auge da paixão nacional com a operação lava, eu já apontava como mencionada ação criminal vinha destruindo os valores democráticos na sociedade, produzindo discurso de concentração de poder e habilitação da violência estatal, até mesmo ratificando a realização de tortura aceitável.

Com efeito, a separação entre morais e imorais, não é nova, faz parte da estratégia presente nos projetos de tirania mais antigos existentes na história mundial, sendo amplamente fortalecida na operação lava-jato que trabalhou em lógica funcionalizante do direito, com admissão do abandono do devido processo legal; criação de prisão, conforme a fase do processo (prisão em segundo grau); condenações com base em simples suspeita, somada à aceitação da imposição do extremo sofrimento ao condenado, até mesmo com

atos de total negativa civilizatória, como não permitir ao condenado acompanhar o sepultamento do próprio irmão .

A habilitação desses discursos lavajatistas também é parte de uma estratégia de de corrosão dos valores civilizatórios e democráticos, com tendência à produção de Estados nazi-fascistas, afinal, a história ensina que sempre que se habilitou alguns a fazerem tudo em nome do combate à corrupção, o resultado final invariavelmente foi o mesmo, o controle da corrupção pelos detentores do discurso, como meio para seu exclusivo enriquecimento e a promoção, por eles, do massacre de seus desafetos.

Igualmente, quando o mal passou a ser banalizado no Estado brasileiro, dentro de uma lógica burocrática, em que, em nome de um aparente cumprimento de obrigações por alguns, servidores passaram a ser perseguidos por seus posicionamentos, posturas críticas; pessoas dissidentes passam a ser funcionalizadas para garantir pura proclamação retórica de combate aos maus funcionários, em uso abusivo e viciado do conceito de improbidade administrativa, também esta é uma etapa do fortalecimento do discurso nazi-fascista.

Assim também, a aceitação de espancamento de uma pessoa, em um dos principais pontos turísticos do país, enquanto a maioria ignora e bebe água de coco, também é parte da aceitação do discurso nazifascista, aliás, a normalização das milícias, dos grupos de extermínio, do desrespeito ao diferente, do preconceito com o estrangeiro, da estigmatização do imigrante e do refugiado, são simples releituras da fórmula desenhada por Adolf Hitler, em seu "Minha Luta".

A atuação de pessoas dos meios de comunicação defendendo a criação de um partido nazista, realizando saudação nazista sem nenhum poder, antecipam nova etapa do destroçamento da sociedade brasileira, pois, o velado, agora faz experimentos se já é possível a manifestação aberta, contundente.

Muito além do inaceitável massacre de ciganos e judeus, por exemplo, o que existe é um projeto de sociedade, em que o inimigo deve ser destruído, em que somente uma forma de pensar é aceitável, na qual os valores morais do grupo dominante devem se impor como verdade absoluta e qualquer coisa, até mesmo a escravização de alguns grupos é aceitável se isso representa equilíbrio nas finanças públicas e enriquecimento dos que controlam as estruturas de poder.

É verdade que apologia ao nazismo é crime, mas, de nada adianta punir as pessoas que recentemente manifestaram referido apoio, não que a sociedade não tenha legitimidade para fazê-lo, se apenas isso for realizado, quando claramente o que se tem é um processo de corrosão das estruturas democráticas.

O essencial é que esta derrubada da maquiagem do que efetivamente está sendo construído no Brasil sirva para uma retomada fundamental das bases democráticas, com restabelecimento do devido processo legal; afastamento das prisionalizações em massa; retomada da discussão em torno dos limites e mecanismos de controle ao poder punitivo, em todos os seus aspectos; limites ao poder público na adoção de medidas puramente financeiras, mas geradoras de miséria e abandono social, entre outras questões construídas pelo discurso contemporâneo de que mais um falso combate à corrupção, habilitaria todos os poderes excepcionais em favor de uma camada “moralmente superior” da sociedade.

Evidente que o repúdio às recentes falas e gestos de apoio ao pensamento nazista é essencial, mas, é pouco, insignificante, se não ocorrer uma retomada civilizatória, com enfrentamento efetivo dos processos de normalização da violência contra negros, mulheres e crianças, bem como retorno ao pensamento não funcionalizante dos direitos e garantias constitucionais e penais, reconstruindo as estruturas, atualmente fragilizadas do devido processo legal, do *in dubio pro reo*, da exigência probatória robusta para condenação e da racionalização dos conflitos.

A emergência dessa postura é evidente, pois, nova etapa da corrosão da democracia brasileira iniciou. Não há que se enganar, não é o fim, pois o resultado final deste projeto, tantas vezes redesenhando na humanidade sempre foi idêntico, os campos de extermínio, independente de como sejam estruturados ou desenhados, mas produzindo sempre o mesmo, pilhas de corpos.

## **ESTUDO TEÓRICO E PRÁTICO DA USUCAPIÃO INDIVIDUAL DE BEM IMÓVEL E ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA.**

**RODRIGO GOMES DE FREITAS PINHEIRO:**

Defensor Público do Estado do Maranhão desde 2011, titular no 4º Ofício Núcleo Forense Cível e Fazenda Pública.

**RESUMO:** A posse em usucapião individual é forma aquisitiva do direito de propriedade protegida legalmente. A atuação da Defensoria Pública, nas ações possessórias, é constante e volumosa, visto que há uma quantidade grande de bens imóveis que a população hipossuficiente reside e decorreu de ocupação. A usucapião tem como principais finalidades: a função social da propriedade e ter a propriedade assegurada legalmente. Isso é uma decorrência lógica da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o estudo de cada uma das modalidades, características e pontos polêmicos da usucapião são importantes para a atuação da defensoria.

**PALAVRAS CHAVES:** Usucapião. Modalidades. Características. Posse prolongada. Tempo. Prescrição aquisitiva. Função social da propriedade. Direito à moradia. Justiça Social. Defensoria Pública.

**ABSTRACT:** Possession in individual adverse possession is a form of acquisition of the legally protected property right. The role of the Public Defender's Office in possessory actions is constant and voluminous, since a large amount of real estate that the low-income population resides resulted from occupation. The adverse possession has as main purposes: the social function of the property and having the property legally guaranteed is a logical consequence of the dignity of the human person. In this sense, the study of each of the modalities, characteristics and controversial points of adverse possession are important for the defense action.

**Keywords:** Usucapion. Modalities. Characteristics. Prolonged possession. Time. Acquisition prescription. Social function of property. Right to housing. Social justice. Public defense.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO 2. USUCAPIÃO INDIVIDUAL DE BEM IMÓVEL 2.1 Conceituação e características 2.2 Modalidades de usucapião individual 2.2.1 Usucapião ordinária 2.2.2 Usucapião extraordinária 2.2.3 Usucapião constitucional ou especial rural 2.2.4 Usucapião constitucional ou especial urbana 2.2.5 Usucapião especial indígena 2.3 Distribuição do ônus da prova na ação de Usucapião 2.4 Implemento da condição temporal da usucapião no curso do processo 2.5 Usucapião e direito intertemporal no Código Civil 2.6 Usucapião

de bem objeto de herança por co herdeiro ou terceiro 2.7 Usucapião de bens públicos 3.  
CONCLUSÃO 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Civil brasileiro tem como origem o Direito Romano. O Direito das Coisas é uma modalidade do Direito Civil, diferente de outra modalidade dos Direitos Pessoais. O Direito das Coisas tem por conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis. Os Direitos Reais são o conjunto de categorias jurídicas relacionadas à propriedade. Assim, os Direitos Reais formam o conteúdo principal do Direito das Coisas.

Os Direitos Reais giram em torno do conceito de propriedade, apresentando características próprias que os distinguem dos Direitos Pessoais de cunho patrimonial. A doutrina mais moderna encabeçada por Maria Helena Diniz aponta as principais características dos Direitos Reais.

Tais características são a oponibilidade *erga omnes*<sup>50</sup>, ou seja, contra todos os membros da coletividade. Existe um direito de sequela, segue a coisa. Previsão de um direito de preferência. Possibilidade de abandono dos Direitos Reais, de renúncia a tais direitos. Viabilidade de incorporação da coisa por meio da posse. Previsão de Usucapião como um dos meios de sua aquisição. Obediência a rol taxativo previsto em lei, que consagra o princípio da tipicidade dos Direitos Reais. Princípio da publicidade dos atos, tradição e registro para os bens móveis.

Portanto, os Direitos Reais são absolutos, trazem efeitos contra todos, o que a doutrina chama de princípio do absolutismo.

O conceito de posse para a doutrina civilista majoritária é que a mesma constitui um direito, portanto sua natureza jurídica de direito real e não pessoal. Significa dizer que, na posse, a sujeição da coisa à coisa é direta e imediata. O direito do possuidor exerce *erga omnes*.

O Código Civil adotou a teoria objetivista de Lhering, que consta no art. 1.196 do diploma legal que: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Portanto, é exigido apenas um dos atributos do domínio para que a pessoa seja considerada possuidora.

---

<sup>50</sup> contra todos os membros da coletividade.

Ocorre que, atualmente, o conceito de posse sofre grande influência do princípio constitucional da função social da posse. Assim, o ex-Defensor Público e atual Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Marco Aurélio Bezerra de Melo (2007, p. 23-24) discorre, acerca da posse e sua interpretação pelo operador do direito.

“A densidade axiológica da posse, mormente em uma sociedade que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário, a posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz e permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto”.

A valorização da função social da posse representa o rompimento do formalismo individualista diante das demandas sociais. As ações de direito de posse de Usucapião acompanhadas pela Defensoria Pública nada mais são do que o efetivo cumprimento de diversos direitos constitucionalmente previstos, tais como o acesso à justiça e a promoção de direitos socialmente previstos na Constituição e replicados na legislação civil.

O direito à moradia é um direito fundamental, assegurando a efetividade plena desse preceito, a posse de usucapião é uma decorrência lógica dessa garantia constitucional.

A construção de uma sociedade mais igualitária passa não somente na garantia do acesso à justiça, mas também na defesa da posse da usucapião pela Defensoria Pública. Cabe ao Poder Judiciário, detentor estatal, da tutela jurídica de estabilizar as demandas, conflitos, garantido os direitos sociais previstos constitucionalmente. A realidade é que a grande maioria das demandas de usucapião individual e até mesmo as coletivas, não objeto deste estudo, passam pela população menos favorecida que adentraram em processos de ocupação de terrenos ou imóveis desocupados, portanto sem estarem cumprido a função social da propriedade.

Na prática forense, as demandas de ações possessórias de usucapião de bem imóvel são uma realidade constante e volumosa. Aos Defensores Públicos, que atuam nestas demandas, são exigidos, além da atenção sociológica visto ser um fato social estando expressos em regras, valores e normas sociais que obrigam os indivíduos a agirem de



acordo com os padrões culturais. A posse de usucapião requer também o estudo aprofundado teórico jurídico para melhor representação da demanda perante o judiciário.

## 2 USUCAPIÃO INDIVIDUAL DE BEM IMÓVEL

### 2.1 Conceituação e características

A usucapião é o instituto jurídico por meio do qual a pessoa que fica na posse de um bem (móvel ou imóvel) por determinados anos agindo como se fosse dono, adquire a propriedade deste bem ou outros direitos reais a ele relacionados (exs: usufruto, servidão), desde que cumpridos os requisitos legais.

A propriedade admite formas de aquisição originárias e derivadas. Nas formas originárias, há um contato direto da pessoa com a coisa, sem qualquer intermediação pessoal. Nas formas derivadas, há intermediação subjetiva. Na prática, a distinção entre as formas originárias e derivadas é que, nestas, a propriedade faz com que tenha as características anteriores do anterior ou anteriores proprietários. Já nas formas originárias de aquisição da propriedade a mesma inicia do zero.

A usucapião é uma forma original de aquisição da propriedade pela posse prolongada. Assim, a lei permite que determinada situação de fato alongada por certo intervalo de tempo se transforme em uma situação jurídica. Portanto, a usucapião garante a estabilidade da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se pode mais levantar dúvidas. De certo modo, a função social da propriedade acaba sendo atendida por meio de usucapião.

Tenha-se presente que a usucapião é o meio de aquisição originária de propriedade. Neste contexto, independente de quem seja o proprietário anterior, é possível a usucapião do imóvel, bastando que restam caracterizados os elementos: posse mansa e pacífica com *animus domini*, por um determinado período de tempo, sem oposição.

Para fins do reconhecimento da usucapião, tem-se a necessidade de comprovação dos seguintes requisitos: a) posse mansa e pacífica; b) período; c) boa-fé; d) ânimo de dono.

Nesse sentido, a doutrina, ao caracterizar a posse na usucapião, disciplina:

*"Posse ad usucapionem.* É aquela que enseja a aquisição da propriedade por meio de usucapião. Não é mera detenção. Não é posse exercida em nome de outrem. É posse de quem tem a coisa como sua e se apresenta como se fosse dono, ou seja, com *animus*

*domini*. A posse *ad usucapionem* há de ser pública (os atos por meio dos quais a posse se manifesta não são ocultos, secretos, clandestinos); contínua (a continuidade se verifica pela ausência de interrupção - CC 1238 a 1240, 1242, 1260 e 1379; CC/1916 550 e 618; 551 e 698); incontestada (sem oposição, passividade geral de terceiros); pacífica (não violenta ou, se maculada na sua origem pela violência, que essa tenha cessado - CC 1208; CC/1916 497); inequívoca (os fatos invocados pelo possuidor ressaltam de maneira clara, não duvidosa, que ele possuiu a coisa de maneira exclusiva, ousadamente e com autoridade e não a obteve de forma precária, ou seja, para mera detenção)." (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 12 ed. Editora RT, 2017. Versão ebook, Art. 1.196).

Em uma breve análise, discorre-se acerca das características que devem ter a posse de usucapião.

A primeira característica é que, na posse, deve haver o *animus domini*. Essa intenção de dono não está presente, em regra, em casos envolvendo vigência de contratos, como nas hipóteses de locação, comodato e depósito. Todavia, é possível a alteração na causa da posse, admitindo-se a usucapião em casos excepcionais.

A segunda característica da usucapião é ser mansa e pacífica, exercida sem qualquer manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse, ou seja, sem oposição do proprietário do bem. Se algum momento houver contestação por parte do suposto proprietário do bem, desaparece o requisito da mansidão.

Terceira característica é que a posse de usucapião seja contínua e duradoura, ou seja, com determinado lapso temporal, sem intervalos, sem interrupção. Admite-se exceção no art. 1.243, do Código Civil que admite soma de posses sucessivas ou *accessio possessionis*. De acordo com a correspondente modalidade de usucapião, a lei estabelece o prazo.

Outra característica exigida para se configurar a usucapião é a posse justa, isto é, apresentar sem vícios, que significa sem violência, clandestinidade ou precariedade. Enquanto houver tais atos desta natureza, não induzirá a posse.

Por fim, a usucapião exige que a posse seja exercida de boa fé e com justo título, em regra, no caso da usucapião ordinária já para outras modalidades de usucapião, tais

requisitos são até dispensáveis, por haver presunção absoluta de sua presença, como será visto quando forem analisadas as modalidades de usucapião.

Portanto, a demanda de usucapião tem por finalidade a promoção da regularização do domínio do possuidor sobre o imóvel usucapiendo, bem como garantir a abertura de matrícula e ou averbação no cartório competente do registro da usucapião na matrícula originária do imóvel.

## 2.2 Modalidades de usucapião individual

O sujeito possuidor do bem imóvel, não tendo título de domínio e hipossuficiente<sup>51</sup>, deve procurar, por meio da Defensoria Pública, o ajuizamento de ação de Usucapião. Conforme as características dessa posse e se preenchendo os requisitos legais, será ajuizada a demanda da respectiva usucapião, a qual o possuidor terá direito, ou em matéria de defesa na contestação, reconvenção ou em pedido contraposto.

### 2.2.1 Usucapião ordinária

É a prevista no art. 1242, do Código Civil, possuindo duas modalidades de usucapião ordinária.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Concebida como usucapião ordinária regular ou comum, possui os seguintes requisitos: posse mansa, pacífica e ininterrupta com *animus domini* por dez anos, justo

---

<sup>51</sup> Critério de hipossuficiência a ser demonstrado pelo assistido sua situação socioeconômica para poder ter a representação processual pela Defensoria Pública do Maranhão, conforme preconiza a Lei Complementar Estadual nº 19 de 11 de janeiro de 1994. Valerá como comprovação, para os efeitos do parágrafo anterior, a prova de uma das seguintes condições: a) ter renda pessoal inferior a três salários mínimos mensais, ou; b) pertencer a entidade familiar, cuja média da renda *per capita* mensal não ultrapasse a metade do valor referido na alínea anterior.

título e a boa-fé. Reduz-se para cinco se o imóvel tiver posse qualificada pelo cumprimento de uma função social.

O requisito, com base no registro constante do respectivo cartório, é denominado como usucapião tabular. Porém, parte da doutrina entende ser desnecessária, quando houver a posse-trabalho, este sim, o elemento fundamental para caracterização dessa forma de usucapião ordinária. O que deve ser prevalecido é a função social da posse, que inclusive cai pela metade o prazo de prescrição aquisitiva da propriedade.

### 2.2.2 Usucapião extraordinária

Da mesma forma que acontece com a usucapião ordinária, há usucapião extraordinária regular comum, caput, do art. 1.238 e a usucapião extraordinária por posse trabalho, parágrafo único, do art. 1.238 do Código Civil.

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Com efeito, a teor do art. 1238, do Código Civil, o exercício da posse para aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária está condicionada a um lapso temporal de quinze anos, quando o possuidor estiver em uma posse mansa e pacífica, ininterrupta, com *animus domini* e sem nenhuma oposição. Reduz-se para dez anos se tiver cumprido função social da posse, sendo esta estabelecida pela presença da posse de trabalho.

Em ambas, não há necessidade de se provar a boa-fé ou justo título. Há uma presunção absoluta da presença desses elementos.

Posiciona-se a jurisprudência nacional, acerca da usucapião extraordinária, *in verbis*:

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – Na usucapião extraordinária, havendo o *animus domini*, basta comprovação de dois requisitos: o tempo contínuo e a posse mansa e pacífica, independentemente de título e boa-fé. (TJ-SP 00084597120128260292 SP 0008459-

71.2012.8.26.0292, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 17/01/2018, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/01/2018).

### **2.2.3 Usucapião constitucional ou especial rural**

É a prevista no art. 191 da Constituição Federal; “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

Nesta modalidade de usucapião não se exige o justo título e a boa-fé, pois tais elementos se presumem de forma absoluta pela destinação da função social dada ao imóvel. O imóvel deve ser utilizado para a subsistência ou trabalho, podendo ser na agricultura, na pecuária, no extrativismo ou em atividade similar. O fator essencial é que a pessoa ou a família esteja tornando produtiva a terra, por força do seu trabalho.

Quanto à questão de fixação de área para fins da usucapião especial, a jurisprudência tem relativizado levando em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada, tudo no sentido de prestigiar o princípio constitucional da função social da propriedade. Assim, tal área deve ser capaz de gerar subsistência e progresso social e econômico ao agricultor e sua família, mediante exploração direta e pessoal, eventualmente com ajuda de terceiros.

### **2.2.4 Usucapião constitucional ou especial urbana**

Também chamada usucapião *pro misero*, tem seu regulamento inicial no art. 183 da Constituição Federal, sendo também prevista no art. 1.240 do Código Civil, no art. 9º da Lei nº 10.257/2001 e por fim houve a inclusão pela Lei nº 12.424/2011 ao art. 1240-A do Código Civil, chamada usucapião especial urbana por abandono do lar. Assim a Constituição Federal prevê:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

O direito à usucapião especial urbana não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez, dado que deve se atender ao requisito do direito mínimo à moradia, *pro misero*. Não há menção quanto ao justo título e à boa-fé presunção absoluta ou *iure et de iure*.

A área de 250 metros que é considerada para usucapião é a autônoma ou individual e não deve ser computado fração de área comum. Assim, a usucapião especial urbana de apartamentos em condomínio edifício.

A Lei nº 12.424/2011 inclui a usucapião especial urbana por abandono do lar. Assim, dispõe o art. 1.240-A, do Código Civil

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

É a usucapião com menor prazo previsto entre todas as modalidades, haja vista que o prazo é de apenas dois anos. O abandono do lar é a principal característica, somado ao estabelecimento da moradia como posse direta. Tal comando pode atingir cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos, diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável. Tem, portanto, incidência específica aos componentes da entidade familiar.

Havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse de usucapião. Eventual cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode

notificar o ex-consorte, para demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo.

A jurisprudência é bem cautelosa acerca do requisito de abandono de lar, devendo haver descumprimentos simultâneos, tais como assistência material e o dever de sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar, e que se responsabilizou de forma sozinha com as despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel. Como consequência, tem-se a perda da propriedade do imóvel e até a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto da usucapião.

É a ausência da tutela da família por parte do consorte que saiu do imóvel. Não importa a análise de culpa pelo fim do casamento ou da união estável. Também, não é requisito indispensável para a nova usucapião o divórcio ou a dissolução da união estável, bastando a mera separação de fato. A doutrina e jurisprudência entendem que um filho pode requerer usucapião contra genitor ou genitora que abandonou o lar.

### **2.2.5 Usucapião especial indígena**

Estando prevista no Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973, em seu art. 33, “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”.

Os requisitos desta usucapião são área de no máximo cinquenta hectares e a posse mansa e pacífica por dez anos, exercida por indígena.

### **2.3 Distribuição do ônus da prova na ação de Usucapião**

Tenha-se presente que o art. 373 do CPC estabelece as regras acerca do ônus da prova no Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ao autor tem, portanto, o dever de provar mediante documentação prova testemunhal, ou até confissão da parte adversa, como já, na prática civil, chega-se a presenciar em audiência de instrução de processo de Usucapião, os requisitos necessários

ao reconhecimento do direito à usucapião: posse mansa e pacífica, lapso temporal e *animus domni*.

O judiciário, no momento da sentença, deve considerar se a defesa em sua contestação, ou no decorrer da instrução processual, trouxe algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo ao fato pré-produzido pelo autor, o produzido na instrução. Assim, o ônus da prova não é somente ao autor imputado, mas também ao réu que não se desincumbe pois de apresentar prova nos autos capaz de convencer o juiz da improcedência da demanda.

Deve haver regular citação das fazendas públicas: União, Estado e o Município onde o imóvel está localizado, e ambos devem se manifestar não se opondo a usucapião do bem pretendido. Assim, como deve haver a regular citação dos confinantes, pelo juízo, dos quais nenhum deve se opor no processo.

O art. 1.071 do Código de Processo Civil incluiu o art. 216-A na Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/1973, ampliando a possibilidade da usucapião extrajudicial ou administrativa, que pode ser aplicada a qualquer uma das modalidades de usucapião sobre bens imóveis. Assim, sem prejuízo da via judicial, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório de registro de imóveis da Comarca em que se situa o imóvel.

## **2.4 Implemento da condição temporal da usucapião no curso do processo**

Conforme o STJ ficou estabelecido a viabilidade do implemento da condição temporal da usucapião mesmo durante o transcurso da demanda: “É possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel com a implementação do requisito temporal no curso da demanda. STJ. 3ª Turma. REsp 1.361.226-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 05/06/2018 (Info 630).”

É possível complementar o prazo de usucapião no curso do processo, tendo em vista que o CPC autoriza que o magistrado examine e leve em consideração, na sentença, fatos ocorridos após a instauração da demanda:

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.



Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Imperioso registrar que o Superior Tribunal de Justiça entende que a contestação apresentada pelo réu não impede, por si só, o transcurso do lapso temporal. Essa peça defensiva não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião: [...] A contestação apresentada na ação de usucapião não é apta a interromper o prazo da prescrição aquisitiva e nem consubstancia resistência ao afastamento da mansidão da posse. [...] STJ. 4ª Turma. AgRg no AREsp 180.559/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013.

## **2.5 Usucapião e direito intertemporal no Código Civil**

O Código Civil trouxe disposições acerca dos conflitos decorrentes de normas no tempo. Assim, o art. 2.028 do Código Civil, dispõe que: “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Já o art. 2.029, do Código Civil estabelece que: “Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior”.

Essa disposição é aplicável à usucapião extraordinária e ordinária, em que os prazos são reduzidos de dez e cinco anos, respectivamente, diante da presença de posse de trabalho.

## **2.6 Usucapião de bem objeto de herança por co herdeiro ou terceiro**

O direito hereditário ou sucessão constitui a forma de transmissão derivada da propriedade que se dá por ato *mortis causa*, em que o herdeiro legítimo ou testamentário ocupa lugar do falecido em todos os seus direitos e deveres.

É importante assinalar que o Superior Tribunal de Justiça já chegou a reconhecer a possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança por um dos co-herdeiros:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. HERDEIRA. IMÓVEL OBJETO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO POR CONDÔMINO SE HOUVER POSSE EXCLUSIVA. 1. Ação ajuizada 16/12/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir acerca da possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança, ocupado exclusivamente por um dos herdeiros. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 4. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/02). 5. A partir dessa transmissão, cria-se um condomínio pro indiviso sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio, como mesmo disposto no art. 1.791, parágrafo único, do CC/02. 6. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. 7. Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão - o outro herdeiro/condômino, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem. 8. A presente ação de usucapião ajuizada pela recorrente não deveria ter sido extinta, sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à origem a fim de que a esta seja conferida a necessária dilação probatória para a comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ - REsp: 1631859 SP 2016/0072937-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2018).

Acerca da possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança por terceiro, o seguinte julgado.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL REGISTRADO EM NOME DA TERRACAP. PROMESSA DE COMPRA E VENDA EM NOME DE TERCEIRO. QUITAÇÃO. ESCRITURA PÚBLICA NÃO LAVRADA. BEM QUE NÃO MAIS PERTENCE AO DOMÍNIO PÚBLICO. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR MEIO DA USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. IMÓVEL PROVENIENTE DA HERANÇA. REQUISITOS DA USUCAPIÃO PREENCHIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em razão da aquisição, por particular, de imóvel anteriormente pertencente à TERRACAP, mediante promessa de compra e venda registrada em cartório de imóveis, o bem deixou a esfera pública, permitindo a aquisição originária da propriedade por meio da usucapião. 2. O fato de o imóvel ser proveniente de herança não impede que seja usucapido, desde que presentes os requisitos da usucapião. 3. Nos termos da jurisprudência da Corte Superior de Justiça, o condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários.? (REsp 1631859/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI). 4. A usucapião é modalidade de aquisição originária da propriedade e decorre do exercício do jus possessionis. Para a procedência do pedido de usucapião a parte autora deve comprovar posse mansa, pacífica e ininterrupta no imóvel pelo prazo legal, além da intenção de possuir o bem como se proprietário fosse (*animus domini*). 5. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime. (TJ-DF 00248233820158070003 DF 0024823-38.2015.8.07.0003, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 03/04/2020, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 25/04/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

## 2.7 Usucapião de bens públicos

A Constituição Federal de 1988 proíbe expressamente a usucapião de bens imóveis públicos, sejam urbanos ou rurais.

Apesar de disposição constitucional vedando tal usucapião, há parte da doutrina que entende caber usucapião de bens públicos. Silvio Rodrigues (2002) sustenta tal possibilidade quando se refere aos bens públicos dominicais, caso das terras devolutas. Tal defesa se dá porque tais bens são inalienáveis, portanto devem ser prescritos susceptíveis de usucapião. Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal (2016) também possuem o mesmo entendimento.

Existem inclusive julgados recentes admitindo a usucapião das terras devolutas, exatamente para não se perder a função social da posse, princípio e norma, também constitucional. Tem-se que existe o direito fundamental difuso à função social.

### **3 CONCLUSÃO**

Após a análise teórica jurídica das modalidades, classificações e características do direito de posse da usucapião de bens imóveis individuais, ficam descritos de maneira sucinta e objetiva os requisitos exigidos pela Constituição Federal e a legislação ordinária. Tais requisitos passam por aspectos temporais, já que cada modalidade tem seu prazo prescricional definido legalmente e, além disso, outros requisitos objetivos e subjetivos.

Da conjuntura das ações de posse de usucapião de bem imóvel individual, devem ser retiradas várias conclusões. A primeira delas é de que houve um avanço na Constituição Federal de 1988 e nas legislações ordinárias posteriores. Essa evolução, para proteção da posse de usucapião, é considerada além do direito de propriedade, é a garantia do direito social a moradia direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Os fatores sociais são levados em consideração não só para os dispositivos legais, mas também a doutrina civilista e a jurisprudência que evoluem na interpretação da posse de usucapião.

Deixou-se de apenas olhar os aspectos individuais do direito de propriedade, e se começa a tutelar os aspectos sociais que são os desdobramentos da posse de usucapião. No campo prático, quando o Defensor Público analisa a função social da propriedade e a expõe à tutela jurisdicional, não se está somente interpretando aspectos teóricos jurídicos. Estes são importantes para a pretensão ser efetivada, mas acima de tudo devem promover à justiça social distributiva. Dar o acesso à justiça a quem mais necessita e que é excluído do sistema socioeconômico é outro aspecto teórico prático realizado pela Defensoria Pública nas ações de posse de usucapião.

Somos uma nação ainda em processo de desenvolvimento com bastante desigualdade social. Há distribuição da riqueza econômica que não passa somente em programas de distribuição de renda, de melhoria na educação, qualificação profissional ou na promoção de outras políticas públicas afirmativas.

Por não ter o cidadão, na sua maioria, como adquirir um imóvel da forma convencional, contrato de compra e venda ou de financiamento, e às vezes não ter renda suficiente para pagar um aluguel mensal, é que ocupações e invasões de espaços ocorrem há décadas no Brasil. No Maranhão, a realidade que a Defensoria Pública atua não é diferente. Na capital, em São Luís, existem grandes bairros que foram formados por ocupações irregulares, e que, com o decorrer do tempo, o cidadão tem o direito à regularização imobiliária e fundiária do seu bem imóvel.

São através das ações possessórias de usucapião de bem imóvel e até outras possessórias, não abordadas neste trabalho, que a Defensoria Pública garante o acesso à justiça. E além disso, cabe ao cidadão a oportunidade de efetivar o seu patrimônio mínimo ou inicial, ou seja, assegurar a sua casa própria ou seu sítio produtivo. Superam as ações de usucapião de bem imóvel a efetivação do princípio da função social da propriedade, que garantem também a proteção à dignidade da pessoa humana, e se efetivam direitos individuais e sociais.

#### **4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 11.406/2002. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 09 Janeiro. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 10 de Janeiro. 2022.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira e Quarta Turma). Jurisprudência. Brasília, DF: STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso: 11 Janeiro. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Direito das Coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

## **A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA**

**MIKAELLY GOMES FEITOSA SILVA:**  
Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins-FCJP.

**RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA**<sup>52</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A temática do trabalho possui como questão central o estudo da política de desenvolvimento urbano e sua relação com o direito fundamental de moradia. Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar quais as consequências jurídicas que a falta, ou mesmo a deficiência, do planejamento urbano pode gerar no contexto do direito fundamental à moradia. A metodologia empregada foi através da pesquisa jurídica, de cunho exploratória, sendo bibliográfica e documental, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tratamento legislativo que o ordenamento jurídico brasileiro atribui às políticas urbanas, como também, pesquisar a respeito do direito fundamental à moradia com foco no planejamento urbano. Ademais, buscou-se investigar quais as consequências jurídicas decorrentes de políticas urbanas não planejadas ou mal estabelecidas ao direito fundamental de moradia. Dentre os resultados alcançados tem-se que ficou demonstrado que o Estado tem o dever de proporcionar, tanto de forma direta quanto indireta que todos tenham acesso a uma moradia digna e adequada, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado garantir o mínimo existencial de acordo com o ordenamento jurídico e o reconhecimento nos organismos internacionais. Concluiu-se, então, que embora nosso ordenamento jurídico estabeleça, no plano constitucional e infraconstitucional, o direito à moradia a todos, este não vem sendo efetivado de maneira a reduzir a desordem urbanística de nosso país. Fato decorrente não só da insuficiência das políticas públicas, mas também de um sistema político voltado a interesses individuais, causando como consequências uma crescente ilegalidade urbana que atinge em especial a população mais carente.

Palavras-chave: Política de Desenvolvimento urbano. Direito Fundamental. Mínimo Existencial. Insuficiência das políticas públicas.

**ABSTRACT:** The theme of the work has as its central issue the study of urban development policy and its relationship with the fundamental right to housing. This study was guided by

---

<sup>52</sup> Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

a general objective to demonstrate the legal consequences that the lack, or even the deficiency, of urban planning can generate in the context of the fundamental right to housing. The methodology used was through legal research, exploratory in nature, being bibliographical and documentary, considering that doctrinal and jurisprudential understandings were observed about the legislative treatment that the Brazilian legal system attributes to urban policies, as well as researching about the fundamental right to housing with a focus on urban planning. Furthermore, to investigate the legal consequences arising from unplanned or poorly established urban policies for the fundamental right to housing. Among the results achieved, it has been demonstrated that the State has a duty to provide, both directly and indirectly, that everyone has access to decent and adequate housing, from the perspective of human dignity, and the State must guarantee the existential minimum in accordance with the legal system and recognition in international organizations. It was concluded, then, that although our legal system establishes, at the constitutional and infra-constitutional level, the right to housing for all, this has not been implemented in such a way as to reduce the urban disorder in our country. A fact arising not only from the insufficiency of public policies, but also from a political system geared to individual interests, resulting in a growing urban illegality, particularly affects the poorest population.

Keywords: Urban Development Policy. Fundamental right. Existential Minimum. Insufficiency of public policies.

## **1 INTRODUÇÃO**

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo a política de desenvolvimento urbano e sua relação com o direito fundamental de moradia.

Assim, tem-se por tema desta pesquisa apresentar o direito fundamental à moradia com foco no planejamento urbano, observando-se o tratamento legislativo que o ordenamento jurídico brasileiro atribui às políticas urbanas. Apresentando quais as consequências jurídicas decorrentes dessas políticas urbanas não planejadas ou mal estabelecidas ao direito fundamental de moradia, surgindo, assim, a seguinte problemática: a falta ou deficiência do planejamento urbano implica na violação dos direitos fundamentais à moradia?

O Brasil é composto por diversas regiões, cada uma com suas próprias conjunturas, e praticamente todas marcadas por grandes abismos sociais. Cada uma delas sofreu o impacto da globalização e do crescimento econômico de um modo diferente.

Silva (2016, p. 10), cita que:



O crescimento urbano provoca uma sobrecarga na necessidade de infraestrutura e equipamentos, afetando o funcionamento da cidade como um todo e comprometendo a qualidade de vida da população. A questão habitacional com suas inadequadas condições de moradia para a população de baixa renda também é problema gerado pela acelerada urbanização. Assim, são cruciais os investimentos nas cidades, na tentativa de diminuir os malefícios ocasionados pelo crescente aumento da urbanização.

Ainda nas palavras da autora Silva (2016, p. 10):

A perspectiva que se pretende dar é a de que as omissões por parte do legislador, bem como do Poder Público, em determinadas áreas, como saúde, educação, transporte, e principalmente moradia, não podem ficar sem a devida proteção, e conseqüentemente, sendo violados e desrespeitados de forma constante. Nesse ponto, cumpre mencionar, que a doutrina mais tradicional quando relata acerca das omissões inconstitucionais, foca principalmente na omissão legislativa, ou então na omissão no que diz respeito à administração. Logo, é imprescindível que as políticas públicas sejam definidas com planejamento e responsabilidade, para que de fato, os direitos sejam concretizados. Caso não ocorra, é necessário o auxílio do poder judiciário para que o mínimo seja garantido e respeitado.

Por meio de uma pesquisa dogmática, o trabalho foi estruturado em três capítulos. Pretende-se abordar no primeiro capítulo do presente trabalho questões gerais pertinentes às políticas urbanas no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação do estatuto da cidade como norma regulamentadora das políticas urbanas.

No segundo capítulo, foi observado acerca do direito fundamental à moradia no contexto do planejamento urbano como “[...] direito integrante do rol dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para que tenha eficácia jurídica e social, necessita de ações positivas do Estado, por meio de políticas públicas.” (SILVA, 2016, p. 12).

No terceiro e último capítulo, foi averiguado pelos entendimentos doutrinários, as conseqüências jurídicas ao direito fundamental trabalhado diante da ausência ou ineficiência dessas políticas públicas.

## **2 DAS POLITICAS URBANAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Planejamento é uma forma racional de procedimento com vistas a atingir determinados objetivos. Todavia, o planejamento para ter eficácia, depende de um

diagnóstico da situação prévia, dos meios disponíveis, do cenário conjuntural, dos atores envolvidos, e de outros fatores, sem os quais os objetivos predeterminados, podem não vir a ser totalmente atingidos (DAGNINO, 2014).

No Brasil, o planejamento no âmbito federal foi primeiramente idealizado no governo Juscelino Kubitschek, através do Plano de Metas, com bons resultados (DAGNINO, 2014, p. 26).

O urbanismo chegou ao Brasil no final do século XIX, e nessa época vários planos de expansão e de embelezamento das cidades foram empreendidos (SABOYA, 2008).

A partir da década de 30, Prestes Maia e Alfred Agache, desenvolveram planos urbanísticos de grande impacto para as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, com destaque na melhoria da circulação, com construções de amplas avenidas e na questão de saneamento e limpeza urbana. Contudo, permaneceu o aumento dos congestionamentos, da violência, expansão das favelas e da população (ANDREATTA, 2006).

Com isso surgiu o chamado Planejamento Urbano, o qual pode ser dado a seguinte definição:

O planejamento urbano é o processo de idealização, criação e desenvolvimento de soluções que visam melhorar ou revitalizar certos aspectos dentro de uma determinada área urbana ou do planejamento de uma nova área urbana em uma determinada região, tendo como objetivo principal proporcionar aos habitantes uma melhoria na qualidade de vida. O planejamento urbano, segundo um ponto de vista contemporâneo, tanto enquanto disciplina acadêmica quanto como método de atuação no ambiente urbano, lida basicamente com os processos de produção, estruturação e apropriação do espaço urbano. (E-CIV, 2011, não paginado).

O planejamento urbano se difere do urbanismo, embora ainda exista muita confusão acerca desta distinção. A diferença está precisamente nesse ideal de inclusão social, de acabar com a dualidade existente nas cidades, em que ocorre a separação de áreas bem distintas de ricos e abastados, dos pobres e miseráveis, ocorrendo assim, muita confusão acerca da distinção entre esses dois conceitos:

Tanto o planejamento urbano quanto o urbanismo são entendidos como estudo do fenômeno urbano em sua dimensão espacial, mas diferem notadamente no tocante às formas de atuação no espaço urbano. Desta maneira, o Urbanismo trabalha com o desenho urbano e o projeto das cidades, em termos genéricos, sem necessariamente

considerar a cidade como agente dentro de um processo social conflitivo, enquanto que o planejamento urbano, antes de agir diretamente no ordenamento físico das cidades, trabalha como s processos que a constroem. (E-CIV, 2011, não paginado).

No Brasil, o que mais se vê são exatamente cidades insustentáveis, baseadas em ocupações irregulares em áreas de risco, na degradação dos cursos d'água e dos mananciais, no uso da terra para especulação imobiliária e na expansão das favelas por toda sua periferia (RODRIGUES, 2016).

Trata-se de um modelo "marcado pela expansão infinita e pela insustentabilidade social, econômica e ambiental." (PINHEIRO, 2010, p. 40).

Um novo padrão surge no final da década de oitenta. O movimento de reforma urbana ganha novo fôlego diante do cenário de redemocratização do país, e muitas de suas ideologias são aproveitadas no novo contexto de constituição promulgado em 1988.

## 2.1 A POLÍTICA URBANA E SUA ENVERGADURA CONSTITUCIONAL

Na Constituição de 1988, como destacado por Pinheiro (2010, p. 56), pela primeira vez foi delegada aos próprios municípios a competência para executar a política de Desenvolvimento Urbano, que, segundo o "caput" do seu artigo 182, "tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes." (BRASL, [2021a], não paginado).

Segundo Pinheiro (2010), os adeptos da Reforma Urbana atuaram de forma efetiva e articulada durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, buscando inserir em seu texto definitivo uma formula para tornar mais democrático o processo de definição das políticas públicas.

Ocorreu a construção de um novo modelo de planejamento e gestão das cidades, com o propósito de se deixar para trás práticas que não impediram o acirramento das desigualdades e o caos urbano. Incluso nesse novo modelo de planejamento das cidades, alguns assuntos ganharam realce, entre os quais a sua função social, a justa distribuição de bens e serviços urbanos, a gestão participativa e democrática, e essencialmente, o equilíbrio ambiental (TEIXEIRA, 2005).

Com o propósito de alcançar a toda a população de uma mesma cidade, e dessa forma reduzir a distância entre a cidade formal (rica e regularizada) e a cidade informal (pobre e precária), a Constituição de 1988 modernizou ao inserir no ordenamento jurídico contemporâneo, um alentado instrumento para o planejamento urbano: o Plano Diretor.

Foi então expressamente reconhecido na Constituição de 1988 o princípio da função social da propriedade urbana ao dispor no § 2º do art. 182 que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atente às exigências fundamentais de ordenação das cidades expressas no plano diretor.” (BRASL, [2021a], não paginado).

Foram inseridos no texto constitucional importantes ferramentas de política urbanística com o intuito de fazer valer a pena o princípio supramencionado: o IPTU, o parcelamento ou a edificação compulsória, e a desapropriação, com previsão no art. 182, § 4º, incisos I a III (BRASL, [2021a], não paginado).

A Constituição em seu artigo 183 fez surgir uma inovação da espécie de usucapião:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de ate duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou de ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor de mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASL, [2021a], não paginado).

Desta forma, foi possível preceituar a necessidade da implementação de planos diretores pelas cidades, e instituir importantes instrumentos para a implementação e defesa da função social e da propriedade apenas nos artigos 182 e 183 da Constituição de 1988.

É importante destacar que o desenvolvimento de uma cidade, estado ou país, deve ser realizado respeitando os paradigmas do desenvolvimento sustentável, e somente é atingido plenamente quando respeitada a qualidade de vida de seus cidadãos e o equilíbrio ambiental.

A preocupação com a sustentabilidade é indiscutível, tanto que os dois maiores dispositivos legais que regulam o planejamento urbano no Brasil são fortemente influenciados por aspectos ambientais: o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) e o Plano Diretor Participativo (PDP).

## 2.2 O ESTATUTO DA CIDADE COMO NORMA REGULAMENTADORA DAS POLÍTICAS URBANAS

Foi aprovado em 10 de julho de 2001 o Projeto de Lei nº 181/89, proposta feita pelo senador Pompeu de Sousa e sancionado como Lei nº 10.257, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Manifesta a Lei nº 10.257/2001, desde o seu início, que o novo modelo a ser adotado deve necessariamente levar em consideração maneiras de desenvolvimento que não ponha em risco o equilíbrio ambiental:

Art. 1º. [...] Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. (BRASIL, [2021b], não paginado).

A Constituição Federal inovou ao elevar o desenvolvimento sustentável a um princípio de grandeza constitucional, e ao Estatuto das Cidades coube assegurar a todos os cidadãos:

Direito a cidades sustentáveis, compreendido como o direito à terra urbana, à moradia, à infraestrutura urbana, ao saneamento ambiental, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, destinadas às presentes e futuras gerações. (BRASIL, [2021b], não paginado).

Vemos, portanto que a Constituição Federal não determinou unicamente a criação dos instrumentos jurídicos para a formação do Estatuto da Cidade, mas também atribuiu os valores que devem conduzir a aplicação e a interpretação desses institutos.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONTEXTO DO PLANEJAMENTO URBANO**

O direito à moradia foi explícita na Constituição Federal, em 14 de fevereiro de 2000, por meio da edição da Emenda Constitucional nº 26. Esta consagrou no seu artigo 6º, o direito à moradia como direitos e garantias fundamentais (BRASIL, [2021a], não paginado).

Presente no título dois da Constituição Federal de 1988, onde trata dos direitos e garantias fundamentais, o direito à moradia é um direito indispensável e social, considerado cláusula pétreia, visto não ser permitido alterações que tencionem em abolir tal direito por iniciativa do Poder Constituinte Derivado.

O direito à moradia ampara-se no princípio da dignidade da pessoa humana e encontra-se prevista em alguns direitos fundamentais, tais como o direito à propriedade e

à vida digna, por exemplo. Há previsão também no artigo 23, inciso IX, da Constituição de 1988, onde determina que todos os entes federativos têm competência administrativa para “promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.” (BRASL, [2021a], não paginado).

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana é importante ressaltar:

O sistema jurídico contemporâneo brasileiro traz elencado em sua Constituição um rol de direitos fundamentais e, ainda, o princípio da dignidade humana, norteador de todo ordenamento jurídico. Tal princípio, inerente a todos os seres humanos, independente de merecimento pessoal ou social. Assim, como direito positivado, a dignidade da pessoa humana assume status de “super princípio”, com conteúdo jurídico capaz de associá-la aos direitos fundamentais, com o fim de proporcionar um norte axiológico ao ordenamento jurídico, proporcionando assim uma coerência valorativa. (REIS, 2007, p. 87).

A relação da dignidade humana e do direito à moradia origina-se da disponibilidade de possuir condições materiais mínimas para uma vivência ampla:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra intempéries, sem um lugar para gozar de sua privacidade e intimidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e, portanto, o seu direito a vida. ‘Não é por outra razão que o direito a habitação, também entre nós – e de modo incensurável – tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito a vida.’ (SARLET, 2008, p. 45).

Na esfera internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhece os denominados direitos econômicos, culturais e sociais, dentre eles o direito à moradia que, e seu artigo 25, item 1, assim dispõe:

Todos têm direito ao lazer e ao repouso, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de

desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, não paginado).

No âmbito internacional, o direito à moradia passou a ser reconhecido em diversos tratados internacionais, que foram ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro.

Com isso, “[...] tem-se a universalidade do direito à moradia, visto que seu exercício estende-se a todos os indivíduos, independente de sexo, etnia, religião, situação financeira. Apesar de serem diferentes, todas as pessoas desfrutam desse direito com base no princípio da igualdade.” (SOUZA, 2004, não paginado *apud* SANTOS, 2013, não paginado).

Assim sendo, O mesmo autor continua o pensamento descrevendo que:

[...] é nítido que o direito à moradia é exercido ao longo do tempo e nunca prescreve. O indivíduo nasce com ele que só é extinto com a morte, tendo como consequência, a cada violação, a proteção do desfavorecido ou direito a indenização. E por nascer e deter esse direito retrata a sua irrenunciabilidade. (SOUZA, 2004, não paginado *apud* SANTOS, 2013, não paginado).

Os direitos sociais são direitos de segunda dimensão. São direitos em geral de cunho positivo que exigem do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social:

[...] na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns mais representativos. (SARLET, 2008, p. 56).

O direito à moradia exige do Estado uma prestação positiva do Estado.

Direitos Sociais, prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como

pressupostos do gozo de direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício de sua atividade. (SILVA, 2009, p. 44).

No entanto, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares, percebe-se que o direito à moradia possui também uma dimensão de cunho negativa.

Em ordem constitucional, os direitos fundamentais, são divididos em duas categorias distintas: os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. O primeiro necessita de normas para a sua materialização enquanto que o segundo não exige norma para a sua concretização.

Primeiro, nas palavras de Pinheiro (2010, p. 170 *apud* SANTOS, 2013, não paginado):

esse direito é, primeiramente, a impossibilidade de ser privado aleatoriamente de moradia ou se impedido de obtê-la, aproximando-se dos direitos, liberdades e garantias. E segundo, consiste, ainda, no direito de tê-la, resultando na implantação de medidas e prestações para chegar a esse objetivo, caracterizando-se o próprio direito social. Em linhas curtas, é um direito complexo e multifacetado.

O direito fundamental à moradia é concomitante às duas categorias, requer por parte do Estado uma condição negativa e positiva de caráter prestacional:

Em outras palavras, sustentaremos aqui o ponto de vista de que o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa e direito a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito, muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação e das consequências jurídicas possíveis de serem extraídas a partir de cada manifestação do direito à moradia [...]. (SARLET, 2010, p. 114).

Assim, deve-se exigir não o direito à moradia diretamente, mas sim ações estatais inequívocas, no propósito de promover o direito à moradia.

### 3.1 DIREITO À MORADIA NA SUA DIMENSÃO DE DIREITOS DE DEFESA: negativo



Dentro da dimensão negativa, o direito à moradia encontra-se contra toda e qualquer sorte de agressões, seja por parte de particulares, seja por parte do Estado. Esta dimensão defensiva possui aplicabilidade de eficácia imediata em decorrência do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, inexistindo desta forma prestações por parte do Estado.

Nesse seguimento, o direito à moradia mesmo conceituada em sua dimensão negativa, é sujeito a restrições.

[...] o direito à moradia resta-se de complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Na condição de direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de uma proibição de retrocessos, [...] Por sua vez, como direito a prestações, igualmente são múltiplas as possibilidades, já que o direito a efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas de ordem normativa (como dá conta, entre nós, a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para a aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, entre outras tantas alternativas que aqui poderiam ser citadas. (SARLET, 2009, p. 300).

Desta forma, pode se concluir que tanto o Estado quanto os indivíduos tem a responsabilidade jurídica de respeitar e não infringir o direito à moradia das pessoas. Na obrigação de proteção por parte do estado, inclui também, a responsabilidade de edição regulamentos destinados a garantia de proteção ao direito à moradia.

### 3.2 O DIREITO À MORADIA NA SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL: positiva

O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O mencionado pacto dispõe em seu artigo 2º, item 1:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o

pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (ONU, 1966, não paginado).

Desta forma, fica evidenciado que embora haja a exigência de uma implementação gradativa, visto que inexigível uma resposta imediata para o problema da moradia, devem ainda assim, ser destinados recursos materiais para a implementação de um patamar mínimo.

Silva (2010, p. 120), ao discorrer sobre o conceito de patrimônio mínimo, o associa à concretização do princípio constitucional da dignidade humana:

A dignidade humana não se efetiva sem este mínimo. A pessoa humana é titular de um direito subjetivo a um patrimônio mínimo que lhe promova a inserção social. Esta tese não desconhece o impacto da afirmação, nomeadamente no que se refere à capacidade do Estado em garantir este mínimo patrimonial. Ocorre que sem este mínimo descarta-se a eficácia social a norma constitucional que preconiza a dignidade humana como o centro da sociedade e do Estado.

É relevante evidenciar que o legislador vem dando passos importantes para uma efetiva implementação deste direito, buscando apresentar soluções para os problemas da regularização fundiária urbana e da aquisição da moradia.

Dentre os instrumentos normativos de regularização fundiária, destacam-se os seguintes: a Lei nº 10.257/01 (Estatuto das Cidades); a Lei nº 11.481/2007 e a Lei nº 11.977/09.

Dentre as modalidades de regularização fundiária previstas na legislação brasileira destacam-se as também: a) a regularização fundiária de interesse social (Lei nº 11.977/2009); b) a regularização fundiária de interesse específico (Lei nº 11.977/2009); c) a regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos (Lei nº 11.977, art. 71); e d) a regularização fundiária em imóveis do patrimônio público (Lei nº 11.481/2007).

Nesse seguimento, no ano de 2009, com objetivo de facilitar o acesso à moradia para os cidadãos de baixa renda e incidir na redução do déficit habitacional desta classe social, foi criada a Lei nº 11.977/09, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha vida” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas (BRASIL, [2021c], não paginado).

#### **4 DAS CONSEQUENCIAS JURIDICAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIANTE DA AUSÊNCIA OU INEFICIENCIA DAS POLITICAS URBANAS**

É indiscutível que:

o crescimento sem planejamento e sem contrapartida do Poder Público faz com que todos os problemas urbanos assumam dimensões grandiosas e cada vez mais difíceis de serem contornadas. Assim, observa-se que o inchaço populacional urbano é bastante cruel na realidade brasileira, uma vez que os que mais sofrem com esta configuração habitacional são os mais pobres. (GOMES, 2010, não paginado).

Segundo outro pesquisador descreve que:

Da incapacidade de atender à demanda, decorreu a proliferação de áreas de ocupação como resposta da população excluída à redução da oferta de moradias. Assumindo a condição de verdadeiros corredores de degradação socioambiental, os rios e córregos urbanos passaram a orientar o processo de favelização, cada vez mais vistos como signos da ausência de controle urbano. (LACERDA, 2009, p. 62 *apud* GOMES, 2010, não paginado).

Concerne da "lógica da necessidade", a respeito da qual Alfonsin (2006) se refere. As ocupações irregulares se iniciam por conta da necessidade da população pobre não encontrar espaço no mercado formal de habitação, que é a lógica que a move.

É por conta dos preços excessivamente altos da terra urbana que estas pessoas não têm acesso à moradia, constituindo uma parcela considerável da população que se encontra, inegavelmente, sem opção. A informalidade é inelutável, pois é a única possibilidade de habitar destas pessoas, daí porque se diz que a motivação das ocupações irregulares é a lógica da necessidade. (GOMES, 2010, não paginado).

O pesquisador Grafmeyer ([199-?, p. 32 *apud* GOMES, 2010, não paginado), cita que: "A lógica da ordenação das cidades, hoje, não é exatamente a mesma do período inicial da industrialização, mas se observa que o resultado é sempre o mesmo: gerando uma espécie de 'segregação sócio-espacial.'" Outro pesquisador descreve que "oportunidades desiguais de acesso aos bens materiais e simbólicos oferecidos pela cidade". (BESSA, 2003, p. 07 *apud* GOMES, 2010, não paginado).

Ainda nesta mesma temática o autor Villaça (2004, não paginado *apud* GOMES, 2010, não paginado), em seu estudo "Efeitos do espaço sobre o social na metrópole brasileira", apresentar a seguinte informação:

aponta a segregação sócio-espacial como sendo uma das formas de possibilitar o controle da produção e do consumo do espaço urbano pelas classes dominantes. Para o autor, são as classes dominantes que comandam o processo de apropriação diferenciada das vantagens do espaço. Interessante é que o autor aponta que uma das vantagens centrais em disputa é a diminuição dos gastos de tempo despendido nos deslocamentos das pessoas, ou seja, a acessibilidade às diversas localizações urbanas, sobretudo o centro da cidade.

Entre as diversas expressões de desigualdades existentes no Brasil, pode se citar a segregação sócio espacial como geradora de mais pobreza e exclusão. É possível perceber que as ocupações dos espaços das grandes cidades são cada vez mais separadas por muros, muitas vezes não visíveis, mas, é possível visualizar tal separação diante dos altos custos de moradia em determinadas regiões, segundo Rodrigues (2003, p. 12):

Basta observar qualquer cidade para se contatar grandes diferenças entre as características de moradia dos bairros, dimensão dos lotes e imóveis, acabamento das casas, ruas (pavimentadas ou não), iluminação, esgotos, etc., Existem, ao mesmo tempo, zonas com infraestruturas e outras sem. Há espaços desmedidamente ocupados e outros com escassez de ocupação. Grandes espaços beneficiados de infraestrutura e outros com densidade maior de ocupações, mas desprovidos de serviços. Isto esclarece que a diversidade não se especifica apenas as características e ao tamanho das casas e terrenos, mas à própria cidade.

Essas desigualdades de espaços são tituladas como áreas luminosas e áreas opacas. A primeira entende-se como aquelas bem servidas pelas redes de transporte, telecomunicações, infraestrutura urbana, etc., da qual população, mais rica e organizada, determina as normas em contrapartida, a segunda necessitam de modernização e políticas públicas, embora seus habitantes participarem de uma lógica que movimenta os grandes centros (SANTOS, 1991, p. 51).

Nessa direção, tais grupos sociais encontram-se próximos, entretanto desmembrados por muros e artifícios de segurança. Refere-se a um novo modelo de segregação espacial em que a autora denomina de "enclaves fortificados", ou seja, são locais privatizados, fechados e vigiados para residências, consumo, lazer e trabalho, sob o argumento do medo da violência. São meios utilizados para atrair aqueles que detêm condições e separá-los dos "pobres marginalizados" e os sem teto (CALDEIRA, 2000, p. 211).

Na verdade, a criação da cidade, de suas avenidas, de suas periferias, de seus becos, e de suas favelas não surge casualmente. Está dependente ao processo de acumulação e reprodução do capital. Nas cidades, o desenvolvimento da economia exige o crescimento e a concentração de força de trabalho, que por sua vez requer local para morar. A expansão indiscriminada das periferias cria escassez, carência, indicadores sociais de miséria urbana, violência e a ilusão da irreversibilidade. Desta forma as regiões afastadas de um centro urbano encerram em si o verdadeiro significado expresso pelo termo: são arredores do centro, limites terminais, margens, áreas distantes. Distantes também do acesso à satisfação das necessidades mais comuns. Representam os espaços “feios” da cidade. Uma aparência resultante das condições de renda de sua população. Da economia política vigente que é quem comanda o processo de construção da cidade. (MOURA, 2003, p. 50).

Com fulcro na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso IV, pode-se refletir a respeito da remuneração dos trabalhadores, visto que esses devem receber um salário “mínimo” suficiente para suprir as suas necessidades básicas, como também a de sua família com moradia, educação, alimentação, saúde, lazer, higiene, vestuário, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Todavia, tal previsão parece longe da realidade para muitos brasileiros.

Assim, Alfonsin (1994, p. 50), mostra que:

É admitido esclarecer tal disposição com duas categorias de lente: a primeira, em chave de leitura positiva, nela vendo a vontade da Constituição Federal de assegurar ao valor do salário o valor equivalente de todas as coisas que formam aqueles direitos lá previstos, necessários à liberdade de todos e a uma vida digna; a segunda, em chave de leitura negativa e bem mais claros e objetivos, à frente de fatos historicamente repetidos, a de que a referida norma, antes de reconhecer poder aos seus destinatários trabalhador(a)s, de garantir a própria vida, prefere legitimar-se a si própria, ilustrando que o respeito aos direitos fundamentais, por ela perseguido é, meramente, publicitário e, pior, de uma propaganda enganosa - precisa aparentar que está submetida ao mais elementar dever do Estado Democrático de Direito - existir em função dos mesmos direitos, sem garantia dos quais não há vida nem liberdade. Por mais que se saiba que a cidadania é uma conquista diária das pessoas e que a exigência de respeito pela própria dignidade humana compete

a cada um (a), há de se convir que, sendo pelo trabalho individual e social que isso se obtém de maneira lícita, a remuneração salarial como meio é incapaz de conquistar os fins a ela atribuídos pela própria Constituição Federal.

No mesmo sentido, Moura (1994, p. 50), destaca que:

Caso a massa salarial e a renda do trabalhador não apresentar crescimento, as periferias, ira sempre ter aspecto de desordem, improviso, inacabado. Uma forma de contrapesar o abstenção da ação positiva do capital e a insuficiência da ação do Estado na reprodução da força de trabalho. Uma maneira de manter o direito de propriedade, não conquistando na maior parte das vezes, o direito de uma vida digna.

Embora nosso ordenamento jurídico estabeleça, no plano constitucional e infraconstitucional, como sendo de direito a todos a moradia, este não vem sendo efetivado de maneira a reduzir a desordem urbanística de nosso país, fruto não só da insuficiência das políticas públicas, mas também de um sistema político voltado a interesses individuais, não observando Tratados Internacionais e direitos sociais garantidos em nossa Constituição Federal de 1988.

Nesse seguimento, a justificção para a não prestação do direito prestacionais ocorre devido a questão de desembolso desses direitos, alegando que os custos dos direitos sociais prepondera os recursos orçamentários, cria-se desta forma, a reserva do possível.

Mas não se pode estabelecer uma relação de dependência entre a escassez de recursos orçamentários e a efetivação de direitos. Afinal, todo o aparato estatal tem um custo, inclusive quando é colocado em funcionamento para garantir os chamados direitos de defesa. Assim, "estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça a existência de todos os direitos." (BARRETO, 2003, p. 121).

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a "ponderações" perigosas e anti-humanistas do tipo "porque gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?" (KRELL, 2004, 53 *apud* CONTI E FREIRE ADVOGACIA, 2012, não paginado).

Os Tribunais pátrios vêm resguardando o direito à moradia como direitos básicos da pessoa humana diante da justificativa da reserva do possível:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO MORADIA, 'ALUGUEL SOCIAL'. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FATO OCORRIDO EM 2006. AUTORA QUE REALIZOU PEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE REQUERENDO O AUXÍLIO MORADIA. OMISSÃO DO MUNICÍPIO. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO DA AUTORA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. ART. 202 DO CÓDIGO CIVIL. MÉRITO. DIREITO SOCIAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NORMA PROGRAMÁTICA – POLÍTICA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI Nº8.742/93 (LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL). DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL PELO MUNICÍPIO. LOCAL DE RISCO. VULNERABILIDADE. PESSOA IDOSA. DEVER DO MUNICÍPIO EM PROVIDENCIAR MORADIA ADEQUADA. POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DE PODERES. AO PODER JUDICIÁRIO INCUMBE A EFETIVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. ENTE POLÍTICO SUBMETIDO AO JUDICIÁRIO EM RAZÃO DE DESCUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESERVA DO POSSÍVEL. RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E ORÇAMENTO FINANCEIRO. LAPSO TEMPORAL ENTRE A DESOCUPAÇÃO (2006) E O INGRESSO DA AÇÃO JUDICIAL QUE POSSIBILITOU AO MUNICÍPIO INCLUIR O CUSTEIO DO AUXÍLIO NO ORÇAMENTO MUNICIPAL. OMISSÃO NÃO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA DA INSUFICIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA. DEVER DE PRESTAR ATENDIMENTO À AUTORA DESALOJADA POR ORDEM DO MUNICÍPIO. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ADESIVO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9494/97, ART. 1º. ANTECIPAÇÃO QUE VISA EXAURIR O OBJETO DA AÇÃO. (PARANÁ, 2016, não paginado).

Portanto, é necessário que, para opor à concessão judicial de prestações sociais, o Estado deve possuir provas suficientes para invocar genericamente a reserva do possível – como tem acontecido na maior parte das ações nesta matéria.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar quais as consequências jurídicas que a falta, ou mesmo a deficiência, do planejamento urbano pode gerar no contexto do direito fundamental à moradia.

O direito à moradia foi incorporado no rol dos direitos sociais da Constituição Federal, em seu Art. 6, caput, no dia 14 de fevereiro de 2000, com o advento da Emenda Constitucional nº 26.

Santos (2013, não paginado), cita que:

mostrou-se que esse direito, embora seja definido como direito social, não possui cunho de segundo plano, muito pelo contrário, detém caráter de essencialidade para o ser humano, visto que é condição indispensável para uma realidade tão desigual que se tem conhecimento. E que a indivisibilidade dos direitos humanos não comporta a visão de que apenas os direitos tidos como de primeira geração sejam efetivados, em vista que ao ser humano não é suficiente que se respeite o direito à vida, direito à liberdade, mas também que se possibilite que essa vida se concretize através de direitos que abarcam a realidade social do indivíduo.

Nesse pensamento, é certo que a ausência desse direito impede a própria existência física, já que sem um lugar que lhe proporcione condições mínimas de vivência, o ser humano está destinado a viver na subumanidade, já que a depender da situação.

Nesse cenário, torna-se imprescindível a participação do Estado na proteção do direito à moradia, considerando que possuir uma moradia que viabiliza viver em segurança e em condições mínimas de qualidade de vida, é pressuposto básico justificado no princípio da dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial.

Outro ponto que é digno de destaque é o fato de que existem grandes disparidades e abismos sociais no país o que causa o impacto da globalização. Os direitos sociais, dentre eles, educação, saúde, moradia, dentre outros, são os mais atingidos com a omissão da Administração Pública e com os impactos da globalização.

O histórico das políticas públicas habitacionais no Brasil mostra como os principais programas não alcançaram êxito entre as categorias sociais mais baixas, favorecendo, de certa forma, os financiamentos para as classes média e alta, auxiliando diretamente no alto déficit habitacional brasileiro.

Foi analisado que a concretização do direito à moradia é dificultado por questões fáticas e jurídicas. Inicialmente, o Estado utiliza a "teoria da reserva do possível" para não materializar os direitos fundamentais sociais. Segundo essa teoria, pretende-se apontar o desprovimento de recursos orçamentários e a impossibilidade de concretizar esses direitos. Por outro lado, o caráter prestacional dos direitos sociais, faz com que o Estado seja o responsável pela implementação de políticas públicas, direcionadas a realização dos



direitos sociais garantindo, desta forma, o mínimo existencial às pessoas. Por mínimo existencial, pode-se entender o conjunto de prestações materiais mínimas indispensáveis para que o indivíduo se encontra em situação de dignidade. Logo, ao se aplicar a “teoria da reserva do possível”, o Estado deve proceder com proporcionalidade e razoabilidade, para que esta não seja uma justificativa genérica e abstrata apta a isentar a responsabilidade estatal de promover o mínimo existencial à todos.

A conclusão deste Trabalho de Conclusão de Curso foi no sentido de que restou observado que no contexto brasileiro, não é a falta de leis que causa dificuldade à implementação do direito à moradia adequada, mas sim, possivelmente a falta de políticas urbanas para tornar o direito à moradia uma realidade na vida dos brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ANDREATTA, Verena. **Cidades quadradas, paraísos circulares**. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm). Acesso em: 04 jun. 2021.

CARDOSO, Lucio Aauto. **22 anos de política habitacional no Brasil**. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrópoles, 2017. não paginado. Disponível em: [https://observatoriodasmetrolopes.net.br/arquivos/biblioteca/abook\\_file/livro\\_politica\\_habitacional\\_2017.pdf](https://observatoriodasmetrolopes.net.br/arquivos/biblioteca/abook_file/livro_politica_habitacional_2017.pdf). Acesso em: 12 set. 2021.

CARDOSO, Aauto Lúcio; ARAGÃO, Thêmis Amorim. Do fim do BNH ao programa minha casa minha vida: 25 anos da política habitacional no Brasil. *In*: CARDOSO, Aauto Lúcio

(org.). **O Programa minha casa minha vida e seus efeitos territoriais**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013. Disponível em: [https://observatoriodasmetrolopes.net.br/arquivos/biblioteca/abook\\_file/mcmv\\_adauto2013.pdf](https://observatoriodasmetrolopes.net.br/arquivos/biblioteca/abook_file/mcmv_adauto2013.pdf). Acesso em: 12 set. 2021.

CARVALHO, Alysso Massote (ed.). **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CONTI E FREIRE ADVOGACIA. Empresa é condenada por discriminação sexual, 2012. não paginado. Disponível em: <https://contiefreire.adv.br/2012/07/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

DAGNINO, Renato Peixoto. **Planejamento estratégico governamental**. 3. ed. rev. atual. Florianópolis: UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/401258/1/PNAP%20-%20Modulo%20Basico%20-%20GPM%20-%20Planejamento%20Estrategico%20Governamental%20-%203ed%202014%20-%20WEB%20atualizado.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

E-CIVIL. Planejamento urbano. 01 ago. 2011. não paginado. Disponível em: [http://www.ecivilnet.com/artigos/planejamento\\_urbano.htm](http://www.ecivilnet.com/artigos/planejamento_urbano.htm). Acesso em 08 set. 2021.

GOMES, Marília Passos Apoliano. Da possibilidade de efetivação do direito fundamental à moradia por meio das Zonas Especiais de Interesse Social. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2598, 12 ago. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17112>. Acesso em: 12 dez. 2021.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LACERDA, Maiara Figueiredo de et al. **O direito fundamental á moradia em face da política habitacional brasileira**. 2009. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/14144?show=full>.

MARTINS, Bianca Camargo. **Planejamento urbano e regional**. Ponta Grossa: Atena, 2019. Não paginado. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/wp-content/uploads/2019/06/E-book-Planejamento-Urbano-e-Regional.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

MOURA, Paulo C. **Construindo o futuro: o impacto global do novo paradigma**. Mauad. 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos**. 1948. Disponível

em:[http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf). Acesso em: 28 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais**, 1966, *online*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (3. Câmara cível). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível AC 1.465.362-2**. Relator: José Sebastião Fagundes Cunha, 05 de Março de 2016. Curitiba: TJPR, 11 mar. 2016. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340133587/apelacao-reexame-necessario-reex-14653622-pr-1465362-2-acordao/inteiro-teor-340133596>. Acesso em: 13 dez. 2021.

PINHEIRO, Otilie M. **Plano diretor e gestão urbana**. Especialização em gestão pública municipal. Florianópolis, departamento de ciência da Administração/UFS; [Brasília]: Capes: UAB, 2010.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

RODRIGUES, Lucas Pazolini Dias; MOREIRA, Vinícius de Souza. Habitação e políticas públicas: o que se tem pesquisado a respeito?. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 8, p. 167-180, 2016. Disponível em:<https://www.scielo.br/j/urbe/a/brnKYQ6ZXPSyK8YzdPgJwSF/abstract/?lang=pt>.

RODRIGUES, Arlete Moysés. Políticas públicas no espaço. **Revista Cidades**, v. 13, n. 22, 2016. Disponível em:<https://revista.fct.unesp.br/index.php/revistacidades/article/view/5373>. Acesso em: 12 set. 2021.

SABOYA, Renato. **Urbanismo e planejamento urbano no Brasil de 1975 a 1992**. Urbanidades. UFSC. nov. 2008. Disponível em:

<http://www.urbanidades.arq.br/2008/11/urbanismo-e-panejamento-urbano-no-brasil-1975-a-1992>. Acesso em: 09 set. 2021.

SANTOS, Maria Januária Vilela. **História do Brasil**. 31 ed. São Paulo: Ática, 1991. v. 2.

SANTOS, Camila Buzinaro. A moradia como direito fundamental. **Âmbito Jurídico**, 1 set. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-moradia-como-direito-fundamental>. Acesso em: 12 dez. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais-RBEC, Ano**, v. 2, p. 55-92, 2008. Disponível em: [https://www.opet.com.br/faculdade/revistaanima/pdf/anima1/artigo\\_Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet\\_o\\_direito.pdf](https://www.opet.com.br/faculdade/revistaanima/pdf/anima1/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf). Acesso em: 12 set. 2021.

SILVA, Gabriella de Souza. **O Papel do estado de coisas inconstitucional na efetividade [possível] do direito fundamental à moradia**. 2016. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/3137/MONOGRAFIA%20COMPLETA%20GABRIELLA%20DE%20%20SOUZA%2031.07.2016.pdf;jsessionid=1E11FC4A5C31CD7574EA54354BFEEF13?sequence=1>. Acesso em: 12 dez. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. São Paulo Revista dos Tribunais, 2004. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2004;000702235>.

TEIXEIRA, Cristina. O Desenvolvimento Sustentável em unidade de conservação: a "naturalização" do social. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 20, n. 59. p. 51-66, out. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a04v2059.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DÉAK, Csaba. SCHIFFER, Sueli Ramos (Org). **O Processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

## O SIGILO ABSOLUTO NAS MÍDIAS DIGITAIS.

**LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO**

**Resumo:** o artigo examina o panorama do debate sobre o sigilo das comunicações em aplicativos de mensagens e a possibilidade de monitoramento das comunicações pelas autoridades estatais. De início, será exposto o tratamento do tema no âmbito nacional, com os entendimentos oriundos do poder judiciário. Em seguida, serão expostos os desafios enfrentados pelas agências de segurança no combate às organizações criminosas e o tratamento do tema em âmbito internacional.

**Palavras-chave:** criptografia forte. WhatsApp. criminalidade. direito à privacidade. STJ. STF. legislação estrangeira.

**Abstract:** the article examines the panorama of the debate on the secrecy of communications in messaging applications and the possibility of monitoring communications by state authorities. At first, the treatment of the topic at the national level will be exposed, with the understandings coming from the judiciary. Then, the challenges faced by security agencies in the fight against criminal organizations and the treatment of the issue at the international level will be exposed.

**Keywords:** Strong encryption. Whatsapp. crime fighting . right to privacy. STJ. STF. foreign legislation.

**Sumário:** 1. introdução. 2. A posição do Judiciário brasileiro. 3. O debate internacional. 4. A lei TOLA da Austrália. 5. A legislação de outros países. 6. Balizas para regulamentação. 7. Panorama da criptografia. 8. Segurança no WhatsApp. 9. Criptografia emergente e novos desafios.

### 1-Introdução.

O debate sobre a privacidade dos cidadãos frente aos poderes do Estado sempre ressurgiu com os aparecimentos de novas tecnologias. As mídias digitais reacenderam os dilemas éticos entre privacidade e segurança em diversos países. No Brasil, o debate ganha contornos extremos, dada a urgência em definir critérios para o cumprimento de ordens judiciais. Isso em decorrência da utilização crescente de aplicativos mensageiros para a prática de graves violações de direitos humanos, como terrorismo, redes de pedofilia e tráfico de drogas e de pessoas. A ponderação entre os riscos de intromissão estatal e a segurança de pessoas vulneráveis, como mulheres e crianças, desperta um profundo debate acerca dos limites da comunicação sigilosa.

O direito digital busca evidenciar as diferentes correntes acerca do tema, levando os gabinetes de tribunais a enfrentarem a questão de forma coercitiva, mesmo diante da impossibilidade prática da implementação de suas deliberações. Paralelamente, parlamentos e governos de diferentes países almejam intervir nas grandes empresas de tecnologia da informação, impondo restrições ao sigilo nas trocas de informações. Contudo, essas medidas intrusivas muitas vezes são mitigadas pelo Poder Judiciário, evitando um cerceamento desmedido na liberdade dos cidadãos. O presente trabalho traça um panorama nas idas e vindas no tratamento do tema, analisando os julgamentos recentes dos tribunais superiores e mostrando as tendências futuras da criptografia no curto prazo.

## **2-A posição do Judiciário brasileiro**

No Brasil, juízes de primeira instância ordenaram que o aplicativo WhatsApp fornecesse acesso às comunicações realizadas pelo aplicativo. As ordens foram emitidas por varas criminais da justiça comum estadual e federal, além da justiça eleitoral e militar. Esses mandados judiciais não são cumpridos, sob a alegação de impossibilidade técnica, bem como o respeito ao direito fundamental à privacidade. Como consequência, o aplicativo corriqueiramente tem seu uso suspenso no país, sendo esta decisão revertida em grau recursal.

Na segunda instância, alguns tribunais adotaram postura semelhante, obrigando a empresa Meta a fornecer acesso às comunicações, sob pena de multa cominatória. Contudo, no âmbito dos tribunais superiores, a questão tende a se inclinar favoravelmente à tese das empresas provedoras.

Em 2021, a 5ª turma do STJ decidiu o REsp. nº 1.871.695/RO, entendendo por unanimidade que é inviável obrigar o WhatsApp a fornecer informações criptografadas.

O TJRO havia condenado o aplicativo a fornecer as informações telemáticas, sob pena de multa por descumprimento. A 3ª Seção do STJ já havia decidido no REsp 1.568.445-PR, julgado em 2020, pela viabilidade de aplicação da multa cominatória a terceiros no processo penal, com esteio na aplicação subsidiária do art. 537 do NCPC c/c art. 3º do CPP, além da analogia com os arts. 219 (multa para a testemunha faltosa) e 436, § 2º (multa para quem se recusa injustificadamente a participar como jurado), ambos do CPP.

A empresa recorreu ao STJ. Em contrarrazões, o Ministério Público de Rondônia argumentou que a tecnologia utilizada pelo agravado corresponde a mera

opção comercial, escolha essa, porém, que não pode impossibilitar o acesso aos dados, mas apenas dificultá-lo, e que a criptografia de ponta a ponta pode ser quebrada, o que não teria sido negado nem mesmo pelo agravado.

No entanto, essa presunção do órgão ministerial mostrou-se equivocada. Conforme o relator no STJ, Ministro Ribeiro Dantas:

“Diversamente do precedente colacionado, a questão posta nestes autos objeto de controvérsia é a alegação, pela empresa que descumpriu a ordem judicial, da impossibilidade técnica de obedecer à determinação do Juízo, haja vista o emprego da criptografia de ponta a ponta, incidindo a regra 'ad impossibilia nemo tenetur', ou seja, ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível”.

A criptografia busca garantir a integridade, autenticidade e confidencialidade das comunicações. O WhatsApp utiliza a criptografia de chave pública ou assimétrica, onde cada usuário possui duas chaves, uma para cifrar e outra para decifrar. O objetivo de tais sistemas é criar um túnel criptográfico entre os usuários, sendo que as mensagens enviadas e recebidas passam por um servidor que tem a função de estabelecer protocolos de sinalização, descobrir os endereços IPs das partes e auxiliar na troca de chaves. Não é possível a interceptação de mensagens criptografadas do WhatsApp devido à adoção de criptografia forte pelo aplicativo.

É possível a desabilitação da criptografia de ponta a ponta de um usuário específico por meio da modificação do protocolo criptográfico. As autoridades públicas também podem se valer de outros instrumentos para auxiliar nas investigações, como o uso de metadados e geolocalização.

O STF também examina o tema na ADPF 403 e na ADI 5527. Por enquanto, dois ministros proferiram votos. As duas ações caminham para o entendimento de que a ciência confirma a impossibilidade técnica de interceptar dados criptografados de ponta a ponta.

No julgamento acima, a Min. Rosa Weber pontuou:

“A doutrina designa por efeito inibitório (chilling effect) sobre a liberdade de expressão. Nesse sentido, a comunicação desinibida é também uma precondição do desenvolvimento pessoal autônomo. Seres humanos desenvolvem suas personalidades comunicando-se com os demais. As consequências da ausência dessa

precondição em uma sociedade vão desde a desconfiança em relação às instituições sociais, à apatia generalizada e a debilitação da vida intelectual, fazendo de um ambiente em que as atividades de comunicação ocorrem de modo inibido ou tímido, por si só, uma grave restrição à liberdade de expressão”.

Um programa de computador é equiparado a uma obra literária, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 9.609/1998:

“O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”

A ministra Rosa Weber asseverou em seguida:

“Sob enfoque diverso, considerando que software é linguagem, e como tal, protegido pela liberdade de expressão, indaga-se se compelir o desenvolvimento compulsório de uma aplicação para se implementar a vulnerabilidade desejada, a determinação para a escrita compulsória de um programa de computador não configuraria, ela mesma, uma violação do direito à liberdade de expressão do desenvolvedor.

O direito à privacidade tem como objeto, na quase poética expressão de Warren e Brandeis, a privacidade da vida privada. O escopo da proteção são os assuntos pessoais, em relação aos quais não se vislumbra interesse público legítimo na sua revelação, e que o indivíduo prefere manter privados.”

No mesmo julgamento, o Min. Edson Fachin assentou:

“A manipulação de dados pessoais fere a autonomia individual. Em uma sociedade democrática deve-se manter um ambiente digital com a maior segurança possível para os usuários. Essa premissa é evidenciada tanto pela manifestação dos peritos da Polícia Federal que participaram da audiência pública quanto da Associação de Magistrados Brasileiros: ‘a internet segura é direito de todos’”.

Logo em seguida, o mesmo ministro demonstrou preocupação com o sigilo absoluto das comunicações, demarcando o impasse que cerca o tema:

“os casos de pornografia infantil e de condutas antidemocráticas, como manifestações xenófobas, racistas e intolerantes, que ameaçam o Estado de Direito. Os órgãos de segurança do Estado ficam,



pois, privados de instrumento tido por indispensável – e que é reconhecido como plenamente legítimo em relação às chamadas telefônicas – na solução dessas violações. A possibilidade de manipulação de dados diminui a própria esfera de autonomia e determinação do indivíduo. Nos termos da jurisprudência alemã, essa prática atinge o direito à autodeterminação informacional.”

De outro giro, o parecer do PGR nessa mesma ADPF restou assim ementado:

“1. A prática generalizada de crimes cibernéticos é coibida pela legislação brasileira, que prevê a interceptação do fluxo das comunicações em sistemas de informática e telemática (Lei 9.296/96) 2. A utilização de aplicativos de conversação por integrantes de organizações criminosas tem originado decisões judiciais de quebra do sigilo das comunicações, cuja possibilidade é prevista na Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14). 3. Embora sediada no exterior, a WhatsApp Inc. há de observar a legislação brasileira e as ordens emanadas do Poder Judiciário (art. 11, Lei 12.965/14), inclusive no que concerne a fornecer o conteúdo de comunicações privadas (art. 7º, II e III e art. 10, § 2º, Lei 12.965/14). 4. O bloqueio nacional dos serviços e atividades da WhatsApp Inc. como meio de induzir o cumprimento das decisões judiciais é desproporcional e viola as liberdades comunicativas (art. 5, IV e IX, CF) e, portanto, implica lesão a preceito fundamental, podendo o magistrado valer-se de aplicação de astreintes e cominação de sanções. Parecer pela procedência do pedido na arguição de descumprimento de preceito fundamental, para obstar bloqueio nacional dos serviços do Whatsapp como meio coercitivo para cumprimento de decisões judiciais, sem prejuízo da adoção de outras providências para cumprimento das ordens judiciais.”

Desta forma, no entender dos dois ministros, somente com a autorização do próprio usuário podem as informações ser acessadas, prestigiando-se o direito fundamental à privacidade. Na ADI 5527, o Min. Fachin votou pela declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do inciso II do art. 7º e do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014.

Por sua vez, a PGR se manifestou de forma contrária ao bloqueio do aplicativo, mas ressaltou a possibilidade de outras medidas coercitivas, como a aplicação de multa cominatória.

Na mesma esteira dos dois ministros do STF, a 5ª turma do STJ decidiu o REsp. nº 1.871.695/RO, mesmo pendente os demais votos na Corte Excelsa, com base na vedação ao non liquet, prevista no art. 140 do CPC, entendendo pela inviabilidade da ordem judicial ao WhatsApp.

Inicialmente, o julgamento resolveu questão preliminar referente à alteração do Novo Código de Processo Civil, que modificou a redação antes prevista no art. 557 do CPC/73, pela atual redação do art. 932, IV, "b" do NCPC. Assim, não há mais a possibilidade de o relator negar seguimento ao recurso com base em jurisprudência dominante do tribunal, mas sim com base em julgamento de recursos repetitivos. Além disso, o art. 932, IV não mantém perfeita correspondência com o art. 927 do NCPC, que prevê as modalidades de precedentes qualificados. Confrontando os atuais dispositivos com o RISTJ, a 5ª turma decidiu que não há impossibilidade de decisão monocrática no caso em exame.

O acórdão recorrido entendeu pela viabilidade da ordem judicial, considerando que o sigilo das comunicações privadas não é uma garantia absoluta. Logo, seria juridicamente possível a cominação de astreintes em procedimento investigatório criminal ou inquérito policial, como instrumento de coerção ao cumprimento da ordem judicial de fornecimento do teor de comunicações privadas, com base nos artigos 139, IV, 461, § 5º, e 461-A, do NCPC, de aplicação subsidiária ao processo penal, nos moldes do art. 3º do Código de Processo Penal.

Ainda que a criptografia forte impossibilite a interceptação das comunicações, há corrente jurisprudencial que defende a aplicação da multa cominatória às empresas provedoras, ainda que seja impossível seu cumprimento, por força da teoria do risco do desenvolvimento.

Conforme Benjamin, Marques e Bessa:

"Os riscos de desenvolvimento são os defeitos que - em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço eram desconhecidos e imprevisíveis."

Logo, a obstrução de uma medida legítima, reconhecida inclusive pela Constituição da República, a saber, o fornecimento de dados para persecução penal, configuraria defeito do serviço, a atrair a incidência da citada teoria.

Conforme destacado no acórdão recorrido:

"Giselda Hironaka desenvolveu a teoria da responsabilidade pressuposta. A respeito dessa teoria, Flávio Tartuce diz ser necessário buscar, em um primeiro plano, reparar a vítima, para depois verificar-se de quem foi a culpa, ou quem assumiu o risco. Com isso, o dano

assume o papel principal no estudo da responsabilidade civil, deixando de lado a culpa. Ademais, pela tese, pressupõe-se a responsabilidade do agente pela exposição de outras pessoas a situações de risco ou de perigo, diante de sua atividade (*mise en danger*)." (Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. V. 2, 2017, p. 377)."

Logo, seria juridicamente possível impor a multa cominatória à empresa, mesmo que se verifique a impossibilidade técnica da quebra de sigilo em razão da criptografia. Isso porque, o defeito do serviço (impossibilidade técnica) decorre da exploração da atividade normalmente desenvolvida pela empresa. Ademais, ela auferiu os frutos (lucros) da oferta de criptografia de ponta a ponta, incidindo a máxima "venire contra factum proprium".

O próprio legislador traçou limites a serem observados na proteção ao sigilo de dados. Essa proteção não é absoluta. Vê-se uma espécie de ponderação *prima facie*.

A Anatel igualmente recomendou a implantação do protocolo IP Versão 6 nas redes das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações e assinalou a imprescindibilidade do fornecimento das portas lógicas por provedores de aplicações.

Por fim, o acórdão recorrido asseverou:

"Não se revela absoluto o direito ao sigilo de dados, nem tampouco à livre iniciativa. Além disso, a quebra de dados possui balizamento legal. Nesse momento, é importante trazer à reflexão dados fáticos que demonstram a importância de se limitar e restringir o sigilo conferido à troca de mensagens entre usuários de aplicativos de comunicação. Em várias apurações criminais, os órgãos de repressão ao crime verificam a utilização de vias tecnológicas ocultas para a prática livre e desembaraçada de crimes graves... Obrigar o WhatsApp a quebrar o sigilo de dados de alguns usuários, em determinados casos concretos, a partir de ordem judicial fundamentada para tanto, merece o mesmo tratamento jurídico que aquele dado à prática da tortura?"

A proibição à tortura é citada pela doutrina constitucionalista como o único direito absoluto existente no ordenamento jurídico. A inviolabilidade do WhatsApp representaria uma imunidade absoluta virtual.

Em outro precedente do STJ, exarado no REsp 1.622.483/SP, relacionado aos custos do armazenamento dos logs dos usuários, o tribunal decidiu que se trata

de providência inerente ao risco do próprio negócio, devendo a empresa suportar esse custo. A alegação de impossibilidade fática não obstou o pedido de identificação do usuário.

Por sua vez, o art. 10, §§ 1º e 2º, do Marco Civil da Internet dispõem:

“§1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.”

No entanto, essa corrente não prosperou no STJ, tendo sido negado provimento ao recurso do Ministério Público. Conforme constou no relatório do voto do Min. Ribeiro Dantas, o MP/RO alega no agravo que: a criptografia de ponta a ponta pode ser quebrada, o que não teria sido negado nem mesmo pelo agravado (WhatsApp Inc.) e a impossibilidade de quebrar a tecnologia, para atender ordem judicial, não se alinha ao ordenamento jurídico brasileiro.

Mais adiante, ainda no relatório, o Min. Ribeiro Dantas pontuou:

“Apesar disso, o MP/RO não nega seu conhecimento sobre o entendimento desta Corte, no sentido de o recorrido não possui capacidade técnica para o fornecimento do conteúdo das mensagens encriptadas, a despeito da sua discordância”.

Em conclusão de julgamento, o relator se valeu do art. 315, §2º, IV, do CPP, que possui idêntica redação ao art. 489, §1º, IV, do NCPC, dispondo que não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Em conclusão de julgamento, ao abrigo do art. 315, § 2º, IV, do CPP, o tribunal apreciou todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a solução adotada, embora ela não tenha conseguido êxito em nenhum deles.

Dessarte, no entender dos ministros da 5ª turma do STJ, a existência de ordem judicial baseada na Lei nº 9.296/96 não é suficiente para a fixação de astreintes no caso de criptografia de ponta a ponta.

### 3-O debate internacional

Diversos países têm sido palco de embates entre as empresas de aplicativos mensageiros e autoridades governamentais. Em estágio mais avançado, a Austrália aprovou a legislação mais enérgica sobre a matéria.

As primeiras propostas de quebra de sigilo da criptografia remontam à década de 1990 nos Estados Unidos. Na administração Clinton, foi desenvolvido um chipset chamado chip clipper, pela Agência de Segurança Nacional, como um dispositivo de encriptação, porém com uma backdoor embutida, a ser adotado por empresas de telecomunicações para a transmissão de voz. Foi anunciado em 1993, mas extinto em 1996.

Um backdoor é uma porta de acesso não documentada que permite ao administrador entrar no sistema burlando a criptografia.

Após os atentados de 11/09/2001, foi aprovado o Ato Patriota, uma lei que ampliou os poderes de monitoração das agências governamentais do Estados Unidos. No Título 5, a lei autorizou a implantação de backdoors ocultos nos aplicativos, tornando-os vulneráveis aos hackers a serviço do governo. Várias partes deste título foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte.

Em 2013, Edward Joseph Snowden revelou detalhes do sistema de vigilância global da agência de segurança nacional americana e do Reino Unido.

No mesmo ano, Mathew Rosenfeld, de codinome Moxie Marlinspike, e Trevor Perrin, criaram o protocolo de sinal aberto, que foi adotado pelo WhatsApp em 2014. Nele, as chaves de criptografia usadas por um receptor e um remetente são sempre descartadas e novas chaves são geradas, em um processo irreversível conhecido como catraca dupla. A empresa intermediária da comunicação não tem acesso a ela.

Posteriormente, no clamor público gerado por uma série de atentados terroristas, o Facebook anunciou o uso de inteligência artificial e uma equipe de contraterrorismo baseada em vários países para monitorar comunicações suspeitas de grupos extremistas.

Na sequência dos acontecimentos, em reunião no G20, as maiores economias do mundo exortaram as empresas a intensificarem os esforços para auxiliar no combate a crimes graves planejados por meio de aplicativos de mensagens.

Em 2016, o FBI pediu à Apple que fornecesse uma backdoor para um smartphone de um suspeito. A negativa da empresa gerou um fervoroso debate público nos Estados Unidos.

Após esse embate, foram emitidas diversas ordens judiciais para que as empresas fornecessem as informações solicitadas pelas agências de segurança. Como a garantia de privacidade faz parte do negócio, as empresas ficaram em uma encruzilhada. A saída foi utilizar um método de encriptação que nem elas têm acesso às chaves, mesmo que seja ordenado por um tribunal.

#### **4-Lei TOLA da Austrália**

A Austrália se destacou ao legislar especificamente sobre o assunto. Ainda em 2015, foi aprovada a Lei de Coleta de Metadados. Inicialmente, imaginava-se que seu uso seria restrito. No entanto, os relatórios indicam mais de 350 mil solicitações de acesso por ano pelas autoridades. Isso em um país com uma das menores taxas de homicídio do mundo, de 1,1 por 100.000 habitantes.

Contudo, foi com a Lei de Telecomunicação, Assistência e Acesso, de 2018, que as autoridades menoscabaram a criptografia. Ela prevê três avisos às empresas: TAR, TAN e TCN. Os dois primeiros instigam os provedores a utilizarem tecnologia descryptográfica que já possuem. O terceiro aviso tem a natureza jurídica de uma notificação obrigatória, e pode obrigar o provedor a construir uma nova capacidade de descrição.

A criptografia utiliza fórmulas matemáticas que envolvem cálculos fatoriais, exponenciais, fatoração em números primos e funções lagrangeanas. A encriptação forte, como a de ponta a ponta, é matematicamente indecifrável por meios clássicos, a menos que se instale sorrateiramente um backdoor oculto. A despeito dessa constatação científica, o primeiro-ministro australiano declarou que as leis da matemática são louváveis, mas devem ceder diante das leis da Austrália.

No caso de o aparelho ser apreendido pela polícia, haverá uma notificação ao fabricante, como Apple, Google ou Samsung, para prestar auxílio às autoridades. Não é necessário mandado judicial, bastando o diretor da agência de segurança certificar que a assistência da empresa é razoável e proporcional, e que o cumprimento da ordem é tecnicamente viável.

Se houver recusa da empresa, por ser a medida impraticável, a notificação (TCN) é emitida pelo Procurador-Geral com a aprovação do Ministro das Comunicações. Trata-se de um expediente raro, já que na maioria dos casos há cooperação voluntária dos provedores.

A lei australiana se inspirou na Lei de Poderes de Investigação do Reino Unido, de 2016, que tinha como alvo o combate ao terrorismo. De maneira geral, as leis que autorizam o monitoramento de grupos jihadistas são aceitas em diversos países sem

grandes questionamentos. No entanto, sua extensão atual para o combate à criminalidade gerou receios de que essas leis sejam utilizadas para a perseguição política ou ideológica.

A Lei TOLA autoriza a instalação de um backdoor oculto para a entrega de dados criptográficos. Se as empresas não podem mais garantir a privacidade de seus usuários, ficarão em desvantagem mercadológica frente à concorrência com centenas de outros aplicativos menos conhecidos, e que garantem o sigilo das comunicações.

A lei australiana passa por reformas atualmente. Após a pandemia e os incêndios florestais, os abusos cometidos com base na Lei TOLA tiveram espaço no debate público. A lei é acusada de ser desnecessariamente complexa. Além disso, há uma demanda pela diminuição do escopo da lei, reservando seu uso apenas para crimes graves, como terrorismo, organizações criminosas transnacionais e redes de pedofilia. Atualmente, a lei aplica-se até aos crimes autorais.

Outra questão debatida é a necessidade de autorização judicial. A chamada aliança dos cinco olhos, formado por cinco países, que incluem Reino Unido, Canadá e Nova Zelândia, exige ordem judicial para a quebra de sigilo. A Lei TOLA não contém essa exigência. O projeto de lei de emenda à lei TOLA recebeu apoio da Comissão Parlamentar Mista de Inteligência e Segurança, composta de deputados e senadores. Segundo os apoiadores da lei, no entanto, os poderes às agências continuam necessários à segurança da população, e os grandes temores das empresas na época da aprovação da lei não se confirmaram.

Contudo, é consenso de que a lei deve prever maiores salvaguardas aos cidadãos, sob pena de a prova ser tida como ilegal. Como exemplo, o projeto proíbe a prisão de um suspeito fundamentada apenas na comunicação descriptografada.

## **5-A legislação em outros países.**

Na esteira inaugurada pela Austrália, diversos países têm debatido a obrigatoriedade de fornecimento de informações criptografadas. A China possui um aplicativo controlado pelo governo, Weibo, sendo proibida a utilização de aplicativos ofertados no mercado.

A Índia possui o maior número relatado de casos de pedofilia do mundo. O país se digitalizou rapidamente, ocasionando um excesso de notícias falsas virtuais e ofensas anônimas. Isso levou a vários casos de linchamentos por multidões. No Brasil, uma dona de casa foi linchada em 2014, em Guarujá-SP, por conta de uma notícia falsa que a ligava à magia negra. Esses fatos levaram a várias propostas de descrição das comunicações.

A Índia aprovou em fevereiro de 2021 regulamentos para rastreabilidade nas plataformas digitais, como WhatsApp, inclusive com a quebra da criptografia de ponta a ponta.

No Brasil, a Lei nº 9.296/96 prevê no art. 1º, §1º, a extensão da interceptação ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, como e-mails e aplicativos mensageiros. A Lei nº 13.964/19 incluiu o art. 8º-A na lei referida, prevendo a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. No primeiro caso, deve ser cominada pena de reclusão ao crime investigado, e no segundo caso a pena máxima do delito deve ser superior a 4 anos.

A esafety postou em seu blog uma análise sobre a busca desafiadora pelo equilíbrio entre a privacidade e a segurança. Posteriormente, uma carta foi divulgada, com a subscrição de mais de 100 organizações de proteção infantil, demonstrando preocupação com as redes de pedofilia que permanecem impunes por conta do sigilo dos aplicativos.

Em Ohio, foi revelado que, em novembro de 2021, os investigadores da DEA exigiram que o WhatsApp rastreasse sete usuários com sede na China. O aplicativo revelou que a DEA não conhecia as identidades de nenhum dos alvos, mas disse à empresa para monitorar os endereços IP e os números com os quais os usuários visados estavam se comunicando, bem como quando e como eles estavam usando o aplicativo. Essa vigilância é feita com base na Lei de Registros de Caneta, de 1986, e não busca nenhum conteúdo de mensagem, o que o WhatsApp não poderia fornecer de qualquer maneira, pois é criptografado de ponta a ponta.

Existe uma rede de tráfico instalada no continente asiático para o envio de opioides para os Estados Unidos na Web, e que utiliza aplicativos criptografados, como Telegram e Wickr, prometendo produtos químicos para pesquisa. O envio envolve psicofármacos benzodiazepínicos, como diazepam e alprazolam, que causam dependência química.

As autoridades dos EUA ordenam com relativa frequência que o WhatsApp e outras empresas de tecnologia instalem registros de canetas sem mostrar nenhuma causa provável. A ordem do governo para rastrear usuários chineses veio com a afirmação de que o Departamento de Justiça precisava fornecer apenas três elementos para justificar o rastreamento de usuários do WhatsApp: a agência que faz o pedido, a identidade do agente da lei que faz o pedido e uma certificação do requerente de que as informações que serão obtidas são relevantes para uma investigação criminal em andamento conduzida por essa agência.

No pedido dos usuários chineses, o governo informou que, além dos três elementos descritos acima, a lei federal não exige a especificação de qualquer fato no



pedido de ordem autorizando a instalação e uso de um registro de caneta. As agências americanas podem monitorar os usuários de aplicativos de mensagens sem precisar de autorização judicial.

A Seção 21 da Lei de Direitos da Nova Zelândia de 1990 prevê que “toda pessoa tem o direito de ser protegida contra busca ou apreensão desarrazoada, seja da pessoa, propriedade ou correspondência ou de outra forma”. Isso significa que as pessoas têm expectativa razoável de privacidade e qualquer busca, apreensão ou vigilância deve cumprir com o padrão primordial de razoabilidade. Os provedores só podem ser obrigados a praticar atos razoáveis e necessários. Isso significa que exigir que os provedores criem um backdoor ou enfraquecer intencionalmente a segurança de seus produtos ou serviços pode ser considerado irracional.

Por sua vez, o direito contra a autoincriminação é um princípio geral de que o Estado não pode exigir que uma pessoa forneça informações que possam expor esse indivíduo à responsabilidade criminal. Isso se aplica a depoimentos orais forçados e à produção de provas documentais. No que diz respeito ao acesso de informações ou senhas, como a de um dispositivo criptografado, há uma visão de que o direito contra a autoincriminação só se aplica se a própria informação de acesso for incriminadora. Deve-se notar que a seção 4 do Evidence Act de 2006 interpreta a palavra autoincriminação de forma ampla, englobando as informações que poderiam razoavelmente levar uma pessoa a ser processada por um crime ou aumentar a probabilidade de uma acusação.

No que diz respeito às leis de crimes cibernéticos, a seção 251 da Lei de Crimes de 1961 da Nova Zelândia torna ilegal para uma pessoa fazer, vender, distribuir ou possuir software ou outras informações para cometer um crime. Esta proibição pode ser aplicada para o desenvolvimento e distribuição de tecnologias de criptografia se elas forem usadas para facilitar ou ocultar atividades criminosas.

No entanto, só é crime se a principal finalidade da criptografia for cometer uma ofensa. Uma vez que os principais objetivos da criptografia são preservar a confidencialidade, integridade e autenticidade dos dados, então o desenvolvimento, posse e uso de criptografia deve presumir-se legítimo.

A Interpol alertou sobre a migração dos malwares de computadores para os dispositivos móveis. Além dos crimes comuns, a agência advertiu acerca do “Cryptojacking”, um acesso remoto para sequestrar o poder de computação dos dispositivos com a finalidade de criar criptomoedas.

Realizado esse panorama em nível internacional, serão expostas balizas para futuras regulamentações de acesso às comunicações feitas por meio de aplicativos mensageiros.

## 6-Balizas para a regulamentação

O WhatsApp possui mais de um bilhão de usuários. A empresa META, dona do aplicativo (que substituiu o Facebook), tem sede em Melo Park, na Califórnia. A empresa tem planos de estender a criptografia forte para o Instagram e Messenger. No entanto, ela sofre pressão do Procurador-Geral dos Estados Unidos e de autoridades jurídicas do Reino Unido e da Austrália para abandonar a criptografia de ponta a ponta. Inclui-se na lista os aplicativos Threema, Wickr me, Signal, Skype e Telegram.

As autoridades governamentais também almejam acesso ao icloud da Apple de usuários determinados, a retenção de metadados por um período de tempo, a obrigação de os usuários fornecerem senhas de computadores e smartphones e a possibilidade de hackear terminais não criptografados.

Há ainda uma demanda de que as empresas que desenvolvem mais encriptação implantem ferramentas de detecção na transmissão da mensagem, ao invés de no recebimento, bem com a utilização de inteligência de código aberto. Isso importa na adoção pela indústria de protocolos de segurança por design a nível de projeto, em vez de após a ocorrência dos danos.

No entanto, o relaxamento dos protocolos de encriptação pode trazer outras complicações, e não apenas facilitar o combate ao crime.

A criptografia forte viabiliza as negociações seguras no mercado de ações, o armazenamento de informações de saúde, as transações bancárias e as votações on line.

Como exemplo, hackers chineses controlaram contas de e-mail de funcionários do governo americano usando uma porta dos fundos construída para o próprio governo.

Ao contrário de uma arma ou droga, a criptografia é apenas um conjunto de operações matemáticas que podem ser executadas em qualquer computador moderno. Logo, não pode ser banida ou apreendida. É necessário aprender a conviver com ela, a fim de extrair o melhor que ela pode oferecer, à semelhança das armas e das drogas.

As leis que flexibilizam a criptografia costumam criar exceções para parlamentares e demais cargos políticos, evitando alegações de perseguição. No entanto, o alcance extraterritorial das leis, alcançando empresas sediadas em outros países, conflita com a soberania dessas nações. É possível fazer um paralelo com a atividade de espionagem realizada pelas agências de inteligência. Não há regulamentação internacional abrangente sobre essa atividade, existindo apenas um estatuto de espões em tempo de guerra. A espionagem governamental pode ser feita em três modalidades: Estado-

indivíduos, Estado-empresas e Estado-Estado. Há também a espionagem Empresa-Empresa.

A atividade de espionagem foi ignorada pela doutrina internacionalista até a guerra fria, permanecendo em uma zona cinzenta do direito internacional. Após as revelações da NSA em 2013, houve uma queixa de diversos países que foram espionados. Em seguida, foi revelado que os países queixosos também praticavam espionagem. Seguiu-se um acerto de protocolos informais entre as nações envolvidas, mas sem a celebração de um tratado internacional que regulasse a matéria, aplicando-se apenas as normas gerais do direito diplomático.

No que toca à espionagem governamental de indivíduos, no entanto, há incidência do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário, em especial na espionagem do ciberespaço, que não possui fronteiras físicas.

Na ponderação entre privacidade e segurança, sempre prevaleceu esta último quando se trata de monitoração de grupos terroristas.

No voto do Min. Edson Fachin, citado acima, ele incluiu no rol de crimes graves os atentados terroristas e os delitos de opinião, tais como as manifestações de ódio praticadas pela web. Trata-se de uma comparação questionável.

A Convenção contra o Terrorismo foi celebrada em Washigton em 1971, sendo internalizada no Brasil pelo Decreto nº 3.018/99. A Lei nº 13.260/2016 dispõem sobre o crime de terrorismo. O art. 2º, §2º, desta lei excluiu as manifestações políticas e religiosas. As condutas elencadas nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º da lei são materiais. No entanto, é atribuído grande responsabilidade de diversos atentados terroristas aos clérigos que arregimentam jihadistas em templos religiosos, alimentado o ódio aos países ocidentais nos frequentadores durante suas pregações.

No ano seguinte, em 1972, foi adotada a Convenção sobre Armas Químicas e Biológicas, também em Washington, na esteira do uso do agente laranja pelos EUA no Vietnã.

A Convenção contra o Terrorismo Nuclear foi adotada em 2005, em Nova Iorque, sendo internalizada no Brasil pelo Decreto nº 9.967/19. O art. 19 dessa convenção prevê a assistência mútua na investigação.

No âmbito dos demais crimes, foi adotada a Convenção contra o Tráfico em 1988, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 154/1991. Em 2000, foi adotada a Convenção de Palermo, contra o crime organizado transnacional. Essa convenção foi internalizada no Brasil em 2004, pelo Decreto nº 5.015. O seu art. 20 prevê técnicas especiais de investigação. Foi adotado um protocolo adicional a essa convenção, contra o tráfico de

peças, em especial de mulheres e crianças. O Brasil internalizou o referido protocolo pelo Decreto nº 5.017/2004.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças foi internalizada no Brasil por meio do Decreto 99.710/1990. O art. 34 da convenção protege as crianças contra toda forma de exploração e abuso sexual. Em 2004, o Brasil ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil por meio do Decreto nº 5.007. Conforme dispõe o art. 6º do referido protocolo:

“1.Os Estados Partes prestar-se-ão mutuamente toda a assistência possível no que se refere a investigações ou processos criminais ou de extradição instaurados com relação aos delitos descritos no Artigo 3º, parágrafo 1. Inclusive assistência na obtenção de provas à sua disposição e necessárias para a condução dos processos.

2.Os Estados Partes cumprirão as obrigações assumidas em função do parágrafo 1 do presente Artigo, em conformidade com quaisquer tratados ou outros acordos sobre assistência jurídica mútua que porventura existam entre os mesmos. Na ausência de tais tratados ou acordos, os Estados Partes prestar-se-ão assistência mútua em conformidade com sua legislação nacional.”

A criptografia de chave pública foi inventada em 1976. Mas o protocolo de sinal usado pelo WhatsApp é muito mais moderno, uma vez que usa uma combinação de criptografia de chave simétrica e pública e também a catraca dupla que descarta continuamente as chaves de criptografia após o uso único. Uma tentativa de adicionar informações do remetente, seja um ID ou um número de telefone, não poderá constituir prova em um tribunal de que a mensagem foi de fato enviada pelo remetente, pois o protocolo Signal tem engano ativo embutido em sua arquitetura de criptografia e não pode ser contornado tecnicamente.

Logo, a alegação de que a criptografia do WhatsApp pode permanecer inalterada e que é possível adicionar informações do originador sem quebrar a criptografia na mensagem não é aderente ao design do protocolo.

A criptografia pode ajudar em danos graves, ocultando ou exacerbando atividades criminosas, incluindo abuso sexual infantil online. As tecnologias que detectam material ilegal verificando, monitorando e filtrando o conteúdo do usuário atualmente não funcionam em sistemas que usam criptografia ponta a ponta. Por isso, essa técnica pode

facilitar a produção, troca e proliferação de material de abuso sexual infantil, perpetuando o abuso das vítimas e expondo os sobreviventes a traumas contínuos.

Uma tendência em direção à criptografia ponta a ponta por parte das principais plataformas de mídia social tornará as investigações sobre graves abusos sexuais infantis online mais difíceis. Ele criará esconderijos digitais e as plataformas podem alegar que estão isentos de responsabilidade pela segurança, porque não podem agir sobre o que não podem ver.

Essas diretrizes devem servir de baliza para a adoção de uma regulamentação flexível, que incorpore mecanismos de abertura para futuros desenvolvimentos criptográficos. Os benefícios para a sociedade da privacidade absoluta certamente superam os malefícios de uma vigilância irrestrita.

No entanto, qualquer indivíduo (saudável) que tenha tido contato com vídeos de pedofilia de bebês transacionados impunemente pelas mídias digitais, salvaguardados pelo manto do absoluto sigilo, ponderará sobre a possibilidade de as agências de segurança terem acesso às suas comunicações eletrônicas, em prejuízo de sua privacidade, se esse for o preço a pagar para os perpetradores irem à justiça. Não à toa, muitos policiais, promotores e juízes que lidam com esses casos se socorrem de terapias e tratamentos psiquiátricos. Não apenas pelo contato recorrente com as provas, mas principalmente pela sensação de impunidade dos delinquentes em virtude da total privacidade dos aplicativos.

Destaque-se ainda, a esse respeito, os planos terroristas malsucedidos em decorrência da cooperação dos aplicativos mensageiros. Há uma grande lista de planos e células terroristas desarticuladas ao redor do mundo, principalmente em países desenvolvidos. Dois deles tinham o Brasil como alvo, nas cidades de Goiânia e Brasília. É incogitável uma privacidade absoluta nesta questão.

No mesmo voto vencido citado acima, é referido o comércio eletrônico de drogas ilícitas e material pornográfico pela Dark Web, região da Deep Web não monitorada. Algumas técnicas de infiltração policial podem ser bem sucedidas na captura dos criminosos e na formação de evidências convincentes perante os tribunais. No entanto, em muitos casos, o sigilo absoluto proporcionado pela criptografia forte representa uma barreira intransponível aos investigadores.

## **7-Panorama da criptografia**

Na aplicação tradicional de criptografia para confidencialidade, um originador (a primeira parte) cria uma mensagem destinada a um destinatário (a segunda parte), a protege (criptografa) por um processo criptográfico e a transmite como texto cifrado. A parte receptora descriptografa a mensagem de texto cifrado recebida para revelar seu verdadeiro conteúdo. Qualquer outra pessoa (o terceiro) que deseje acesso não detectado e não autorizado à mensagem deve penetrar (por criptoanálise) na proteção oferecida pelo processo criptográfico.

Uma chave pública é usada para criptografar a mensagem, enquanto uma chave privada, à qual apenas o receptor tem acesso, é usada para descriptografá-la. Isso evita que a comunicação seja comprometida se qualquer outra parte do sistema for comprometida.

Em termos históricos, um caso de sucesso da criptoanálise bastante lembrado ocorreu em 1587, quando a Rainha da Escócia, Mary, foi julgada por traição e envolvimento em três tentativas de assassinato da rainha Elizabeth I da Inglaterra. O plano foi descoberto devido à interceptação de sua correspondência codificada, decifrada por Thomas Phelippes. Ela queria ocupar o trono da rainha da Inglaterra. Essa estratégia política se assemelha às disputas entre famílias de algumas cidades brasileiras no século XX.

A criptografia de ponta a ponta para comunicação online é usada para proteger o que é chamado de dados em trânsito, à medida que viajam de um dispositivo ou conta para outro. Enquanto isso, os dados em repouso, que são as informações armazenadas em um determinado dispositivo ou provedor de serviços em nuvem são protegidos por meio de outros mecanismos de criptografia.

Do ponto de vista técnico, a criptografia é uma tecnologia relativamente complexa. Pode ser vista como uma ciência, uma tecnologia ou um processo. Apesar de sua complexidade inata, a criptografia pode ser definida como uma tecnologia que transforma informações ou dados em cifras ou códigos para fins de garantir a confidencialidade, integridade e autenticidade de tais dados.

Existem vários tipos de criptografia, tais como a simétrica, assimétrica e a homomórfica. Podem ser usados com diferentes tipos e estados de dados, tais como dados em repouso, dados em movimento e dados em uso. Em termos de implementação e uso, a criptografia pode variar desde o uso de um algoritmo de criptografia simples para um sistema criptográfico completo.

Dependendo do seu nível de complexidade, a criptografia pode assumir a forma de uma primitiva criptográfica, a exemplo de um algoritmo de criptografia, bem como um protocolo ou sistema criptográfico.

A espionagem de aplicativos mensageiros vem sendo praticada com relativo sucesso por agências de inteligência de vários países no âmbito da segurança nacional. No entanto, a recente entrada das agências policiais nesse nicho trouxe muitos desafios para a investigação de condutas delituosas. As principais dificuldades incluem rastrear e autenticar as identidades das partes comunicantes, realizar monitoramento e escutas em tempo real e evitar a detecção pelas partes relevantes durante o acesso às comunicações.

Diferentemente da espionagem das agências de inteligência, a investigação policial é cercada de regulamentos legais para a proteção dos investigados. Além disso, a aceitação pelos tribunais da prova coletada depende da observância dos procedimentos traçados na lei.

Portanto, uma proposta legislativa para backdoors obrigatórios para a aplicação da lei e outros propósitos supostamente legítimos seriam extremamente problemáticos, pois comprometeriam intencionalmente a segurança da criptografia.

## **8-A segurança do WhatsApp**

Por sua magnitude e popularidade, será traçado um panorama de segurança especificamente voltado para esse aplicativo mensageiro.

O aplicativo WhatsApp não consiste em um chat anônimo. Para acessá-lo é necessário entrar com um número de telefone associado a uma identidade. Na ativação dos chips, as operadoras de telefonia exigem o número do CPF e a data de nascimento do usuário. No caso de chips pré-pagos, ainda é necessário enviar uma selfie do usuário. São ainda registradas senhas PIN e PUK do SIM card.

Esses metadados são armazenados pelo aplicativo, que pode confirmar os destinatários das conversas, bem como os dias e horários dos diálogos. O termo de privacidade, de concordância obrigatória pelos usuários, contém cláusulas que permitem a coleta de endereço IP, dados da rede móvel, número do telefone e o identificador do aparelho, como o IMEI de 15 dígitos.

O termo de serviço do WhatsApp Inc. reporta que as controvérsias com a empresa serão dirimidas com base nas leis da Califórnia-USA, aplicando-se o § 1.542 do Código Civil deste estado. Esse dispositivo legal faz alusão à liberação geral da obrigação,

assemelhando-se ao instituto da quitação geral do direito brasileiro, disposto no art. 319 do CC/2002.

No entanto, os arts. 10 e 11, § 3º, da Lei no 12.965/2014 – Marco Civil da Internet, determinam o cumprimento da legislação brasileira. A referida lei prevê ainda a necessidade de efetuar o registro de conexão e acesso a aplicações de internet. Desta forma, é obrigatório o registro de logs, tais como o endereço IP e as portas de origem e destino, conforme reafirmado pelo STJ no REsp 1.784.156.

Para oferecer maior segurança, é possível adicionar camadas de proteção utilizando o programa PACWeb, que faz a verificação de dados e documentos, criando um hash calculado para cada arquivo e certificado por blockchain, ficando válido por determinado período de tempo, chamado de “timestamp”. Essa validação corrobora a prova dos prints de mensagens e arquivos, nos moldes do art. 369 do CPC/2015, identicamente à ata notarial do art. 384, parágrafo único, do mesmo código.

Os algoritmos 3DES e AES são a base dos protocolos mais usados, como SSL e TLS. O Padrão de Criptografia Avançado (AES, na sigla em inglês) foi criado pelos belgas Vicent Rijmen e Joan Daemen, que venceram um concurso lançado em 1997. Em 2001, esse padrão substituiu os padrões então existentes, passando a ser largamente utilizado na encriptação.

O modelo ponta a ponta atualmente utilizado faz uso de chaves assimétricas, com algoritmo RSA, mais difíceis de decifrar. A criptografia do WhatsApp usa uma chave para criptografar a mensagem no envio e outra chave para descriptografá-la no recebimento.

Esse modelo torna impossível a interceptação da mensagem durante sua transferência, uma vez que não há o armazenamento nos servidores do aplicativo. O mensageiro usa uma chave raiz e uma chave da cadeia, ambas com 32 bytes, além de criptografar a mensagem com uma chave de 80 bytes. Isso torna sua quebra estatisticamente impraticável.

Os servidores do aplicativo não têm acesso às chaves privadas do usuário. O WhatsApp usa AES256 no CBC para criptografar e código HMAC-SHA256 para autenticação, garantindo a integridade dos dados. A chave da mensagem de 80 bytes é efêmera, mudando para cada mensagem. Para anexos e arquivos é gerada uma chave efêmera de 32 bytes, e o conteúdo do texto é cifrado usando HMAC-SHA256. Esse modelo de segurança garante a privacidade e autenticidade das mensagens enviadas.



No entanto, não impede ataques a dispositivos comprometidos. As mensagens do aplicativo, apesar de não transitarem pelos servidores, ficam armazenadas nos aparelhos. Isso impede ataques do tipo homem do meio (“man-in-the-middle”), em que um terceiro se insere na troca de mensagens. Porém, não impede ataques hospedados no próprio smartphone, por meio de portas de saída.

## **9-Criptografia emergente e novos desafios**

A criptografia clássica, a saber, a que utiliza o código binário e as leis da física clássica, parece ter chegado a um limite, à semelhança da lei de Moore para a capacidade dos chips. Novos desenvolvimentos, para serem revolucionários, devem estar alicerçados em novos campos, a fim de expandir as ferramentas utilizadas na capacidade de cálculo, como o emaranhamento quântico.

A criptografia quântica desponta como um campo promissor para desenvolvimentos futuros da indústria, inobstante tenha limitações teóricas na sua capacidade de uso. A principal vantagem da computação quântica reside na busca em bancos de dados, com uma capacidade de processamento muito superior aos mais avançados supercomputadores clássicos. Em teoria, uma tarefa que leva centenas de anos para um supercomputador clássico, pode ser realizada em poucos minutos em um computador quântico. No entanto, em algumas tarefas computacionais os computadores quânticos não representam vantagens frente aos modernos computadores clássicos.

A criptografia quântica, contudo, será uma área revolucionária. Por ela, é possível quebrar praticamente qualquer técnica de criptografia clássica, inclusive a criptografia de ponta a ponta utilizada pelo WhatsApp.

As próprias mensagens cifradas por criptografia quântica poderão ser quebradas, mas neste caso a interceptação deixará rastros, alertando o remetente e o destinatário. Isso porque é impossível copiar dados codificados em um estado quântico. Se alguém tentar ler os dados codificados, o estado quântico será alterado devido ao colapso da função de onda. Isso pode ser usado para detectar espionagem na distribuição de chaves quânticas.

Em geral, a descryptografia ordenada pelas agências de segurança podem ter como alvo as mensagens passadas, em trânsito ou futuras, a depender do escopo da investigação. No caso da descryptografia das mensagens cifradas por criptografia quântica, o acesso às comunicações será bastante limitado, e alertará os suspeitos de que estão sendo vigiados.

Antes dos aplicativos mensageiros, a interceptação mais comum era a realizada nas ligações telefônicas entre os suspeitos. Como era bastante difícil conseguir sigilo neste caso, já que a tecnologia permitia a privacidade da linha de no máximo alguns segundos, os líderes criminosos não se comprometiam em ligações telefônicas. O chefe do Primeiro Comando da Capital (PCC), por exemplo, preso na Penitenciária Federal de Segurança Máxima de Brasília, não possui gravações com planos criminosos. Suas interceptações telefônicas contêm apenas diálogos com namoradas.

A criptografia quântica ameaça a criptografia pública – ou algoritmos assimétricos – usados para assinaturas digitais e troca de chaves. Já existem algoritmos quânticos, como o famoso algoritmo Shor, que pode quebrar os algoritmos RSA e Elliptic Curve, assim que um computador quântico estiver disponível.

O algoritmo quântico de Grover ataca a criptografia simétrica. Esse algoritmo pode ser combatido por meio de uma expansão do tamanho da chave. Por exemplo, o esquema de criptografia simétrica AES com chaves de 256 bits é considerado seguro para o algoritmo de Grover. É um caso especial em que a criptografia quântica não irá decifrar a criptografia clássica.

O combate à ameaça do computador quântico dependerá de dois pilares: o desenvolvimento de novos algoritmos clássicos, que devem resistir ao computador quântico, e o desenvolvimento de algoritmos pós-quânticos ou quântico-resistentes.

Existem vários métodos de criptografia quântica, além do tradicional método de distribuição de chaves quânticas.

É necessário desenvolver novos algoritmos clássicos seguros. A extensão do AES protege contra o Grover. Outros esquemas de assinatura (LMS e XMSS), baseados nas chamadas funções hash, são promissores. Muitos outros algoritmos, tanto para assinatura quanto para troca de chaves, estão sendo desenvolvidos no âmbito do processo NIST, que padroniza o desenvolvimento de novas técnicas. Sete algoritmos pós-quânticos estão em análise, sendo quatro para cifração de chave pública e acordo de chaves e três para assinaturas digitais.

No entanto, a criação de primitivas quânticas seguras é o principal foco das agências de segurança, como a NSA.

As grandes empresas de tecnologia anunciaram computadores com supremacia quântica para os próximos anos. O Eagle de 127 qubits ainda não representa

uma revolução na área. A vantagem comercial quântica, o ponto em que um computador quântico pode resolver problemas genuinamente úteis significativamente mais rápido do que os computadores clássicos, é esperado para essa década. A pandemia gerou grande atraso nesse desenvolvimento, inibindo investimentos em startups quânticas e diminuindo o suprimento de insumos e de mão de obra especializada.

Quando a revolução finalmente chegar ao mercado, novas oportunidades e obstáculos serão postos às agências de segurança no combate criminalidade, e os legisladores e tribunais serão desafiados a contribuir nessa tarefa, sem descuidar do direito à privacidade dos cidadãos.

## **10-Conclusão**

Este artigo expôs um panorama atual do tratamento das interceptações telemáticas das comunicações por meio das mídias digitais. No meio do debate está a liberdade fundamental à privacidade dos cidadãos. A cada nova tecnologia que desponta no mercado, em especial as que produzem efeitos disruptivos na sociedade, o Direito é chamado a se debruçar sobre os problemas daí advindos. A flexibilização do sigilo nas comunicações estava bem sedimentada a partir da discussão sobre o combate ao terror, que utiliza games e redes sociais para planejar suas ações. No entanto, a popularização das mídias digitais deu novo impulso ao debate, face à extensão de seu uso em diversas práticas criminosas. Assim, medidas intrusivas antes restritas a células terroristas, na maioria baseadas em países específicos, foram estendidas a organizações criminosas internas, a fim de combater crimes graves, como tráfico de drogas, armas e pessoas, e redes de pedofilia. Esse aumento de escopo no objeto de monitoramento alargou o universo de pessoas atingidas, gerando o receio de perseguição política e o fim da privacidade nos meios digitais. Entrementes, adveio recente desenvolvimento desafiador: criptografia forte, de ponta a ponta, matematicamente inquebrável. Nesta situação, a saída de muitos governos democráticos foi exigir que as empresas operadoras instalassem portas de saída, possibilitando a interceptação das mensagens.

No entanto, essa medida tem o potencial de afundar a reputação das empresas operadoras perante seus usuários, já que não haverá mais garantia de sigilo nos aplicativos mensageiros. Como opção, os governos das nações mais industrializadas têm discutido a proibição no uso da criptografia de ponta a ponta em seus territórios. Nesse meio, há o debate sempre presente sobre o exercício de soberania no ambiente cibernético, que não possui fronteiras delimitadas. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm se debruçado sobre os desafios impostos por esse dilema, ponderando o

direito à segurança pública e à privacidade. O artigo 144 da Constituição Federal dispõe que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Por sua vez, o artigo 5<sup>a</sup>, incisos X e XII, da CF/88 dispõem que a intimidade e as comunicações são invioláveis. No balanceamento destes direitos constitucionais de elevada fundamentalidade, os tribunais superiores têm se inclinado pelo predomínio da intimidade, preservando o sigilo nas comunicações entre os cidadãos. Contudo, como visto neste trabalho, não há uma corrente predominante a respeito do tema, e é possível que não se consolide um entendimento no âmbito das cortes de sobreposição antes que novos desenvolvimentos tragam uma revolução na área, como o advento comercial da criptografia quântica e algoritmos pós-quânticos.

### **Referências**

Carlos Ligouri, Direito e Criptografia, Editora Saraivajur, 1<sup>a</sup> edição, 2021.

Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa, Antonio Herman De Vasconcellos Benjamin, Manual de direito do consumidor, editora RT, 9<sup>a</sup> edição, 2020.

Georgia Weidman, Testes de Invasão: Uma introdução prática ao hacking, Novatec Editora, 1<sup>a</sup> edição, 2014.

Hoffmann-Riem Wolfgang, Teoria Geral do Direito Digital, editora Forense, 2<sup>a</sup> edição, 2021.

Leonardo Estevam de Assis Zanini, Direitos da Personalidade, Editora Saraivajur, 1<sup>a</sup> edição, 2012.

Routo terada, Segurança de Dados, Editora Blucher, 2<sup>a</sup> edição, 2018.

## **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE CONCEITUAÇÃO E SUA ATUAÇÃO NA PRÁTICA FORENSE DEFENSORIAL**

**RODRIGO GOMES DE FREITAS PINHEIRO:**

Defensor Público do Estado do Maranhão desde 2011, titular no 4º Ofício Núcleo Forense Cível e Fazenda Pública.

**RESUMO:** Os direitos da personalidade, sua conceituação legal, doutrinária e jurisprudencial com a prática diária do ofício na Defensoria Pública. Análise dos que estão legalmente previstos no Código Civil do art. 11 ao 21. Situações de conflitos entre os direitos, métodos de resolução das antinomias na prática e jurisprudência acerca sobre o assunto.

**Palavras chaves:** Direitos da Personalidade. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Conflitos aparente de normas. Acesso à justiça. Defensoria Pública do Estado.

**ABSTRACT:** Personality rights, their legal, doctrinal and jurisprudential conceptualization with the daily practice of the office in the Public Defender's Office. Analysis of those legally provided for in the Civil Code of art. 11 to 21. Situations of conflict between rights, methods of resolving antinomies in practice and jurisprudence on the subject.

**Keywords:** Personality Rights. Fundamental rights. Dignity of a human person. Apparent conflicts of norms. Access to justice. State Public Defender's Office.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 3. ANÁLISE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E ATUAÇÃO PRÁTICA NA DEFENSORIA PÚBLICA 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### **1 INTRODUÇÃO**

Os direitos da personalidade estão previstos no art. 11 ao 21 do Código Civil. Tais direitos não são somente o que estão descritos na legislação ordinária, a Constituição Federal de 1988 aborda tais direitos, e estes são classificados como direitos fundamentais. Assim, a abordagem dos direitos da personalidade sempre será sobre uma interpretação civil constitucional.

A base essencial para a proteção dos direitos da personalidade é cláusula geral de tutela e promoção da pessoa em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade, que estão previstos no Código Civil, porém não se esgotam. O que está posto na codificação são apenas a exemplificação do que o legislador pátrio entendeu como os principais direitos da personalidade. Existem, portanto, outros direitos da personalidade tutelados no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste trabalho, será analisada a conceituação legal, doutrinária, jurisprudencial acerca dos direitos da personalidade previstos no Código Civil. Também, será abordado a proteção através da promoção das ações judiciais na defesa desses direitos na prática forense da Defensoria Pública.

## **2 CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

A conceituação doutrinária acerca dos direitos da personalidade é essencial como ponto inicial do estudo dos mesmos. Assim, cabe destacar a conceituação desses direitos realizada por Maria Helena Diniz (2007, p. 142): “São direitos subjetivos da pessoa defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física; a sua integridade intelectual, a sua integridade moral, profissional e doméstica, imagem, identidade pessoal, familiar e social.”

É também bem esclarecedora a definição realizada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, (2006, p. 101-102) acerca dos direitos da personalidade;

“Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.”

Portanto, os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, são decorrência lógica do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988. Não deve ser esquecido que a pessoa jurídica também possui direitos da personalidade por equiparação conforme consta no art. 52 do Código Civil brasileiro. Portanto, quando se fala de pessoa há proteção tanto da pessoa física como da pessoa jurídica.

O estudo aqui será feito através de uma abordagem teórica e prática dos principais direitos da personalidade, entre eles a vida e a intimidade físico-psíquica, o nome da pessoa natural ou jurídica, a imagem, subclassificada em imagem retrato reprodução corpórea da imagem, e a imagem atributo que é a soma de qualificações de alguém ou a repercussão social da imagem. Bem como a honra, subdivida em honra subjetiva, autoestima, e a honra objetiva, repercussão social da honra. E por fim, a intimidade, sendo certo que esse direito da personalidade é assegurado a todas as pessoas, sendo em regra, inviolável.

Portanto, para uma hermenêutica atual acerca dos direitos da personalidade deve o operador do direito, sempre que tratar acerca de tais direitos, ter como base de sustentação os fundamentos do Estado Democrático de Direito, que estão amparados pelo princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade social e o princípio

da igualdade ou isonomia. Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza.

Os direitos da personalidade são tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, eis que comuns à própria existência da pessoa. Como se tratam de direitos subjetivos, inerentes à pessoa, são tidos como indisponíveis, absolutos, impenhoráveis e imprescritíveis. É a previsão do art. 11 do Código Civil, que dispõe: "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

Como regra, os direitos da personalidade são tidos como de caráter ilimitado e absoluto. Logicamente, como exceções, tais direitos podem sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral. Essas limitações não podem ser exercidas com abuso de direito de seu titular, e nem contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Existe, portanto, uma parcela dos direitos da personalidade que é disponível, aquela relacionada com direitos subjetivos patrimoniais. Exceção à regra da intransmissibilidade e indisponibilidade, que confirmam a tendência de relativização de princípios, direitos e deveres.

Quanto à tutela geral da personalidade o art. 12, *caput*, do Código Civil, prevê: "*pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*"

Assim, a doutrina civilista entende que dois são os princípios decorrentes desta norma. Princípio da prevenção, para tanto aplica-se às técnicas de tutela específica, como exemplo o art. 461 do Código de Processo Civil, que prevê multas diárias ou astreintes em ação, cujo objeto é uma obrigação de fazer e não fazer, em favor dos direitos da personalidade.

Já o outro princípio decorrente do art. 12 do Código Civil é o da reparação integral dos danos. Aplicabilidade de diversas súmulas do Superior Tribunal de Justiça, tais como: a súmula nº 37, 387, 403. 53

---

53 Súmula nº 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato."

Súmula nº 387 do STJ: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."

Súmula nº 403 do STJ: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."

O art. 12 do Código Civil, em seu parágrafo único, reconhece direitos da personalidade ao morto, cabendo legitimidade para ingressar com a respectiva ação os lesados indiretos: cônjuge ou companheiro (por decorrência analógica), descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau. É o que a doutrina civilista chama de dano em ricochete, uma vez que o dano atinge o morto e indiretamente repercute em seus familiares.

### **3 ANÁLISE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E ATUAÇÃO PRÁTICA NA DEFENSORIA PÚBLICA**

Será abordado cada um dos direitos da personalidade previstos no art. 13 ao 21 do Código Civil. Inicialmente, o art. 13 e 14 do Código Civil estabelecem regras acerca da disposição do próprio corpo.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Quando não contraria os bons costumes, a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica é autorizada. Tal situação pode ser a qualquer tempo revogada, e deve decorrer de livre e espontânea vontade.

A retirada, após a morte dos órgãos, deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica e depende de autorização de parente maior. Adotou-se o princípio do consenso afirmativo, já que é necessária autorização dos familiares do possuidor.

A exceção da disposição do próprio corpo está quando a jurisprudência autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina. A eventual adequação de sexo do indivíduo é garantia maior da proteção da dignidade da pessoa humana. A pessoa não é satisfeita com parte do seu corpo que, assim, é autorizado para proceder tal modificação. Tal procedimento não é preciso mais passar ao crivo do judiciário, sendo que haverá estudo psicossocial. Então, o médico pode realizar tal procedimento para que a pessoa tenha sua dignidade restabelecida.



Já o art. 15 do Código Civil prevê que os direitos do paciente valorizam o princípio da beneficência e da não maleficência. Assim, dispõe o “Art. 15 que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” Deve sempre interpretar que tal previsão legal não pode permitir uma conclusão que sacrifique a vida, valor fundamental inerente à pessoa humana. Assim, tal artigo não exclui a proteção da vida. Havendo a dúvida se o médico deve ou não intervir, este tem o dever legal de atuar, até sob pena de ser responsabilizado penal, civil e administrativamente.

Já houve caso enfrentado por mim, como Defensor Público, quando na tutela de ação cominatória de internação de leito de UTI por assistido. Este veio a necessitar de transfusão de sangue, e os familiares, na urgência da demanda, me procuraram mesmo com objetivo de não continuar o tratamento alegando questões religiosas. Em tal situação, orientei que não poderia intervir na esfera da escolha dos mesmos e informar nos autos a inviabilidade da transfusão de sangue. Deixei, portanto, ao encargo da equipe médica proceder da maneira mais adequada para a recuperação do paciente. Existiu, nesta situação, o conflito de princípios do direito à vida e do direito de liberdade ou opção de religião. À jurisprudência majoritária, quase unânime, deve prevalecer o direito à vida frente à liberdade de opção religiosa.

O conflito entre as normas constitucionais fundamentais que asseguram o direito à vida e à liberdade religiosa deve ser solucionado mediante juízo de ponderação de valores no qual prevalece aquele, mormente porque assegura o exercício pleno de todas demais garantias constantes da Carta Magna. Na origem, a autora ingressou em Juízo com a finalidade de compelir uma associação hospitalar a realizar cirurgia com cláusula de vedação expressa de transfusão sanguínea, mesmo em caso de risco de óbito, sob o argumento de convicção religiosa. O pedido foi julgado parcialmente procedente para a realização do procedimento independentemente da assinatura do termo de consentimento informado, assegurada a transfusão, como última alternativa para salvar a vida da paciente. Inconformada, a autora interpôs apelação na qual sustentou afronta à Constituição Federal e a tratados internacionais, além de violação aos direitos de autonomia, liberdade religiosa e dignidade. Ao examinarem o recurso, os desembargadores registraram que a controvérsia reside na possibilidade, ou não, de conferir o direito à autora sem a assinatura do documento. Verificaram que, *in casu*, a colisão entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, ambos de hierarquia constitucional, deve ser resolvida por meio da técnica de ponderação de valores, com

aplicação concreta do princípio da proporcionalidade. Da avaliação, concluíram pela prevalência daquele, haja vista que sem a vida não se viabiliza o exercício de nenhum outro direito assegurado pela Carta Maior. Os Magistrados explicaram que, quando necessário e observadas as técnicas e medidas de segurança adequadas, o recebimento de sangue de terceiros não configura tortura ou tratamento desumano ou degradante, pois visa evitar o falecimento do paciente. Nesse contexto, ressaltaram que a transfusão de sangue foi considerada, inclusive, como um dos meios menos danosos para evitar a morte da autora. Por outro lado, aduziram que eventual óbito seria capaz de ensejar a responsabilização civil e criminal dos médicos envolvidos, os quais prestaram juramento de salvar vidas. Alertaram ainda que um resultado negativo ou não esperado atribuído aos profissionais envolvidos no procedimento cirúrgico pode gerar direitos subjetivos indenizatórios aos sucessores do paciente, que não necessariamente compartilham do mesmo credo religioso. Com tais considerações, o Colegiado negou provimento ao recurso. Acórdão 1251296, 07126198220198070001, Relatora Des<sup>a</sup>. VERA ANDRIGHI, 6<sup>a</sup> Turma Cível, data de julgamento: 27/5/2020, publicado no DJe: 3/6/2020.

Portanto, a autonomia privada do paciente deve ser ponderada com outros direitos, valores e princípios, caso do direito à vida, é prevacente de qualquer direito ou princípio.

Os arts. 16 a 19 do Código Civil tutelam direito ao nome, sinal ou pseudônimo que representa uma pessoa natural, perante à sociedade contra atentado de terceiros.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. 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.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

As ações de Registro Civil são comumente ajuizadas pela Defensoria Pública. Nesses casos dos arts. 16 ao 19, do Código Civil, tem-se a ação para a retificação de registro por

constrangimento do prenome ou sobrenome, por questão de identidade de gênero, por erro formal do cartório no momento da expressão da vontade dos pais, erro de interpretação entre outros. Inicialmente, será definido a conceituação teórica, acerca de tais direitos da personalidade, para posteriormente, exemplificarmos, com situações concretas, que aconteceram no *labor* defensorial.

A alteração dos componentes do nome dar-se-á mediante ação específica, cuja sentença deve ser registrada no cartório de registro das pessoas naturais. Tais situações podem ocorrer nos casos em que há exposição da pessoa ao ridículo ou a embaraços, e em alteração no caso de erro de grafia crasso, perceptível.

O art. 56 da Lei de Registros Públicos prevê prazo decadencial de apenas um ano, a contar quando interessado atingir a maioridade civil para ajuizar a respectiva ação de registro. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça já tem jurisprudência consolidada, na qual pode o judiciário estadual julgar as ações de registro, que se peça a alteração do prenome e sobrenome, mesmo após esse prazo. Deve haver um motivo plausível, tais como: nos casos de exposição do nome ao ridículo e lesão, e à dignidade da pessoa humana.

Os motivos da mudança do prenome ou até sobrenome, conforme já vistos na prática defensorial, são geralmente de ordem subjetiva do requerente da ação. Pede-se, ao judiciário, a mudança do registro por se verificar que há um constrangimento no trabalho, vida profissional da pessoa, iniciado muitas vezes ainda na escola, no bairro etc. Como exemplo, tem-se o caso de uma assistida que se chamava Maria de Jesus da Cruz, que pediu para ser chamada de Marina, já que os sobrenomes pertencentes aos seus pais pressupõem uma imutabilidade, e, pela vontade da autora, deveriam permanecer.

Outro caso, foi o da requerente com o prenome de Bilionária e o sobrenome preservado aqui. Foi pedido na ação de modificação de registro civil a mudança do prenome para ser trocado pelo o qual ela já era conhecida por seus amigos, e até a sua família assim a chamava. Assim, nesta situação, o próprio art. 58 da Lei de Registros Públicos determina que "o prenome é definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios". Não vi constrangimento acerca do prenome da pessoa, e sim a situação particular que seu apelido era público e notório como conhecida por Bia, mas a autora considera que, para além da notoriedade do seu apelido, já havia sofrido constrangimento, principalmente no ambiente de trabalho.

Nessas ações de mudança de prenome, o que deve prevalecer é a intimidade da pessoa, e o não se sentir confortável, com o prenome que seus pais assim decidiram lhe chamar. O judiciário deve apenas verificar os requisitos necessários para não lesar terceiros, como credores, ou até órgãos de proteção ao crédito. Daí sempre devem ser juntadas as certidões do SPC e SERASA. Não significa que quem está com o nome sujo na praça não

tenha direito à modificação do prenome, o CPF da pessoa continuará sendo o mesmo, e tais órgãos serão notificados da decisão judicial. Da mesma forma, são exigidas certidões criminais, cíveis e eleitorais. Tal exigência é para que se evite que a pessoa continue a responder, só que agora de forma com prenome ou sobrenome modificados.

Importante também são as ações de alteração do prenome sem a necessidade de realização da cirurgia de adequação do sexo, é mais uma garantia ao direito da personalidade. Frequentemente, pessoas procuraram a Defensoria Pública no intuito de demandar em juízo acerca dessa situação. As ações de retificação ou alteração de nome e gênero decorrentes de situações de pessoas transgênero, eram procedentes quase na sua totalidade pelo Judiciário maranhense. Tais ações exatamente discutem a garantia fundamental da pessoa ter seu prenome conforme a seu íntimo, e tal modificação é o primeiro passo para que o Estado garanta essa dignidade existencial.

Atualmente, após Provimento nº 73 de 28 de Junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tais demandas não precisam mais passar pelo crivo do poder judiciário. Regulamentou a possibilidade da alteração, em cartório, de prenome e gênero nos registros de casamento e nascimento de pessoas transgênero.

Tal provimento prevê a alteração das certidões, sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo, e nem de decisão judicial. Toda pessoa maior de 18 (dezoito) anos, estando habilitada à prática dos atos da vida civil, poderá requerer a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida.

A pessoa deve apresentar, obrigatoriamente, documentos pessoais: comprovante de endereço, certidões negativas criminais e certidões cíveis estaduais e federais do local de residência dos últimos cinco anos. Deve apresentar, ainda, certidão de tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos e certidões da justiça eleitoral, da justiça do trabalho e da justiça militar (se for o caso).

É facultado, a quem requerer, a junta do laudo médico que ateste transexualidade ou travestilidade; ou parecer psicológico que ateste a transexualidade ou travestilidade, e laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo. Ações em andamento ou débitos pendentes não impedem a averbação da alteração pretendida, que deverá ser comunicada aos órgãos competentes pelo ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, onde o requerimento foi formalizado.

Tal ato normativo do CNJ foi o alinhamento à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275-DF, que reconheceu a possibilidade de transgêneros alterarem o registro civil sem mudança de sexo ou mesmo de autorização judicial.

A averbação de modificação de gênero ou prenome devem constar apenas no livro de registros, não devendo constar, nas certidões do registro público competente, nenhuma referência de que a aludida alteração fora oriunda de decisão judicial, anteriormente ao Provimento nº 73/2018 do CNJ, ou de requerimento ao Tabelionato, evitando a exposição da pessoa a situações constrangedoras e discriminatórias.

A legislação internacional de direitos humanos, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, impõe o respeito ao direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal e à honra e à dignidade e à Lei de Registros Públicos. Portanto, o Código Civil agora está mais alinhado à realidade da proteção integral à dignidade da pessoa humana.

Fez muito bem o CNJ, em regulamentar tal provimento. Nada mais é que a garantia do direito da personalidade ao nome com o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir da construção da identidade de gênero, a pessoa poderá desenvolver-se de forma plena, sem sofrer qualquer ingerência do Estado ou da sociedade, afinal, terá sua identidade conforme se sente, e não conforme se convencionou. Adequar o registro civil, modificando o sexo (gênero), e seu prenome à sua condição, é de fundamental importância para se garantir seu pleno direito da personalidade e a sua dignidade humana.

Já o art. 20 do Código Civil tutela o direito à imagem e honra e os direitos conexos.

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.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A imagem conforme a doutrina civilista pode ser classificada como imagem retrato, a fisionomia da pessoa no que ela se sente, e imagem atributo a soma de adjetivos do ser humano, o que o representa para a sociedade. Já a honra pode ser classificada em honra subjetiva à autoestima, e a honra objetiva em repercussão social da honra.

Na proteção do direito à imagem e à honra, deve haver a interpretação de tal norma civil de maneira que exclua, quando houver um conflito com outra norma de mesma

hierarquia ou de superior. Nestes casos, deverá haver um juízo de ponderação acerca do caso concreto qual norma deve prevalecer.

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente ADI nº 4.815/ 2015, para tanto o artigo 20 e 21 do Código Civil, serem interpretados conforme à Constituição,

“para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes, ou seus familiares, em caso de pessoas falecidas.”

Existem também o conflito entre o direito à imagem e a honra e o direito ao esquecimento, este não está escrito em qualquer norma jurídica. É muito debatido na atualidade por doutrina e jurisprudência tal antinomia. O direito ao esquecimento é a proteção decorrente dos danos causados pelas novas tecnologias de informação que vêm-se acumulando nos dias atuais. Tem origem histórica nas condenações criminais, decorrente do direito do ex-detento à ressocialização. Não se atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos do passado, qual o modo e a finalidade com que são lembrados.

Na atuação processual, pela Defensoria Pública, já houve casos em que a defesa desse direito da personalidade, a imagem e a honra e a moderna teoria do direito ao esquecimento foram fundamento contrário ao direito da liberdade de expressão e à imprensa. O caso constata que a família de um ex-detento requereu judicialmente para que fossem retiradas as notícias da morte do falecido preso em diversos sites jornalísticos. Além de ter sido trágica a morte da pessoa, por ter sido em uma rebelião no complexo penitenciário, fora traumática para toda a família, esposa e seus parentes mais próximos. A forma como fora morto, em uma rebelião no cárcere, o qual foi decapitado, necessitava dessa tutela de proteção ao direito da personalidade da imagem e honra do falecido. Tal demanda muito sensível ao direito de imagem e honra da pessoa falecida e de seus parentes, possui como fundamento principal, causa de pedir, a moderna teoria do direito ao esquecimento e o direito de imagem e honra ao morto, tal ação fora julgada procedente pelo judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em julgado, o caso, conhecido relativo ao livro: “Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha” de autoria de Ruy Castro, em que se tutelar os direitos das filhas do jogador, reparando-as por danos morais sofridos em decorrência de afirmações feitas na publicação. “Não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade,

são os que mais se desvanecem com a exaltação feitas à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.”<sup>54</sup>

Outro caso semelhante que teve como causa principal o direito ao esquecimento, também relacionado à imagem e a honra do falecido, decorreu de um assalto dentro de um ônibus em que um dos assaltantes foi morto no próprio assalto. A família do, *de cujus*, requereu judicialmente, através da Defensoria Pública, que todas as reportagens e notícias acerca de tal fato fossem retiradas dos sites jornalísticos. Tal demanda ainda não tinha sido julgada. Esse caso é exatamente outro exemplo de uma antinomia, entre o direito à informação e à liberdade de imprensa, *versus* o direito ao esquecimento para proteção do direito à imagem e à honra. Nesta situação, deverá o judiciário maranhense se pronunciar acerca de qual dos direitos deverá prevalecer.

O direito à intimidade é tutelado no Código Civil como direito da personalidade. Dispõe no “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.” A norma também é protegida constitucionalmente 5º, X, da CF/88. Tal direito não é absoluto, devendo ser ponderado com outros valores, sobretudo constitucionais.

O conceito de intimidade não se confunde com o de vida privada, sendo este um conceito maior de gênero. A intimidade envolve questões polêmicas, para se saber até que ponto vai a privacidade da pessoa e quais seriam suas limitações. Novamente, há de ser aplicado técnicas de ponderação entre direitos fundamentais.

Em situação que viola diversos direitos da personalidade são os casos de violência obstétrica que violam diversos direitos fundamentais das parturientes, como a integridade física, a saúde, a liberdade sexual, a intimidade, a vida privada, a honra e o direito à informação. A Defensoria Pública do Estado atuando na defesa da parturiente nesse tipo de ação judicial constitucionaliza não somente o acesso à justiça, mas também promove a defesa de diversos direitos fundamentais e direitos da personalidade que são violados pela conduta médica.

Tal demanda não é a única ou a mais complexa, que se possa exemplificar neste estudo acerca dos direitos da personalidade e sua proteção pela Defensoria Pública. Diariamente se têm diversas violações a direitos fundamentais e direitos da personalidade. A proteção jurídica de cada um desses direitos passa por um estudo não só técnico-jurídico, mas também sociológico. O Defensor Público deve buscar uma interpretação sociológica, englobando, assim, as diversas ciências sociais.

---

54 (STJ, Resp 521.697/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006,p. 276).

## 4 CONCLUSÃO

Foi abordado uma análise teórica, qual seja, através da legislação, doutrina cível e constitucionalista e a jurisprudência acerca dos principais direitos da personalidade, particularmente os elencados nos art. 13 ao 21 do Código Civil Brasileiro.

Tais direitos viram-se que não estão somente nas disposições do Código Civil aqui estudada. Como nascem de pressupostos constitucionais, são muitas vezes protegidos pela norma maior. Normalmente, existem conflitos ou antinomias entre os direitos da personalidade, entre eles ou com outros previstos constitucionalmente.

Ao intérprete, nós operadores do direito devemos buscar as soluções para esses conflitos utilizando métodos de ponderação e sempre verificando qual a solução mais justa ou plausível conforme a proteção que o ordenamento jurídico nos oferece. Não devemos, também, esquecer que, para qualquer método de interpretação muito da nossa concepção individual, ética e a vivência prática, acabam nos influenciando na conclusão. Não devemos se ater também aos aspectos históricos, sociológicos e até morais para no momento da elaboração de uma ação ou de uma tese defensiva.

A atuação da Defensoria Pública, no campo da defesa dos direitos da personalidade, é vasta. Longe de me esgotar neste trabalho. Tal atuação foi apenas um olhar à esfera civil e adentra na esfera constitucional, sociológica, quando se promove o acesso à justiça.

Dado que todo e qualquer sujeito é detentor de direitos e deveres, daí a previsão dos seus direitos não é em si garantia de que será sua demanda julgada procedente, já que também haverá outro sujeito que também é possuidor de direitos e deveres no outro lado da demanda. Ao judiciário caberá promover a justiça, que estará balizada na melhor ponderação que se poderá ter acerca da interpretação de um direito da personalidade, particularmente quando este se conflita com outro direito de mesma importância.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 11 Janeiro. 2022.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. 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: 13 de Janeiro. 2022.



STJ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmulas do STJ. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/view/5223/5348>>. Acesso em: 13 de Janeiro. 2022.

TJDF. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Jurisprudências e Informativos. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2020/informativo-de-jurisprudencia-n-416/recusa-a-transfusao-de-sangue-heterologa-2013-testemunha-de-jeova-2013-termo-de-consentimento-informado-2013-prevalencia-do-direito-a-vida>>. Acesso em: 14 de Janeiro. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

## **A EFICIÊNCIA DA JUSTIÇA E OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O MOMENTO DA PROPOSTA.**

**JULIANO CARVALHO ATOJI:**

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo e Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

JORGE ASSAF MALULY<sup>55</sup>

PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN<sup>56</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, que repercute diretamente em diversos institutos do processo penal e, dentre eles, os acordos de não persecução penal, assegurando a legitimidade exclusiva desse órgão para a propositura de acordos. A Lei Processual penal, por sua vez, alinhada à realidade mundial do processo penal resultados, prevê, a partir do chamado projeto anticrime, os acordos de não persecução penal, atribuindo a exclusividade para sua propositura ao *dominus litis*, fixando, ainda, o momento limite que esse poder pode ser exercido, ou seja, o início da segunda fase da persecução penal. Tratando-se de acordo com concessões recíprocas, o acordo de não persecução penal não pode ser proposto em atenção ao interesse unilateral do acusado e em qualquer momento processual, sob pena de tornar-se um refúgio para a impunidade, desvirtuando o próprio significado do processo penal consensual. A lei deve ser aplicada, portanto, como ela é e não como o exegeta gostaria que fosse.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution gave the Public Prosecutor's Office the privilege of exercising public criminal action, which has direct repercussions on several institutes of criminal procedure and, among them, the non-prosecution agreements, ensuring the exclusive legitimacy of this body for the proposition of agreements. The Criminal Procedural Law, in turn, aligned with the global reality of criminal procedure results, provides, from the so-called *anticrime project*, the agreements of non-prosecution criminal, attributing the exclusivity for its proposition to the *dominus litis*, also fixing the moment limit that this power can be exercised, that is, the beginning of the second phase of criminal

---

<sup>55</sup> Procurador de Justiça de Habeas Corpus e Mandados de Segurança Criminais (MP/SP)

<sup>56</sup> Doutor e mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor nos programas de graduação e pós-graduação estrito sensu da PUC/SP; Procurador de Justiça de Habeas Corpus e Mandados de Segurança em São Paulo.

prosecution. In the case of reciprocal concessions, the non-prosecution agreement cannot be proposed in consideration of the unilateral interest of the accused and at any procedural moment, under penalty of becoming a refuge for impunity, distorting the very meaning of the process. consensual criminal The law must therefore be applied as it is and not as the exegete would like it to be.

**SUMÁRIO:** 1. CONCEITO E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS. 2. MOMENTO PARA A PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 3. CONCLUSÕES ARTICULADAS. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

## 1. CONCEITO E ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Em decorrência do monopólio da ação penal pública, o Ministério Público, a partir da Constituição Federal de 1988, perdeu o papel de advogado do Estado e se transformou, exclusivamente, em advogado da sociedade: a sociedade-governante. Esse aspecto fundamental na conformação Ministerial impõe à Instituição a formatação de políticas criminais que norteiem sua atuação como órgão indivisível. Com efeito, a Carta Constitucional atribuiu-lhe o dever de zelar pelo respeito aos direitos nela assegurados (art. 129, II), ressaltou-lhe, como se viu, o caráter de órgão de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*).

Para o exercício dessas relevantes funções, o constituinte garantiu aos membros do *parquet* a inamovibilidade e vitaliciedade, preservando-lhes, ainda, a independência funcional. Na verdade, as duas primeiras garantias, aliadas à irredutibilidade de vencimentos, asseguram a formação da livre convicção do órgão da acusação, que, dessa forma, age com independência e livre de ingerências externas.

Da conjugação dessas regras e do propósito de se conferir efetiva e especial proteção a todos os interesses envolvidos na persecução penal, com destaque para a tutela da liberdade pessoal e, de resto, para os diversos aspectos ligados ao *devido processo penal* (acusatoriedade, contraditoriedade, ampla defesa, paridade de armas etc), é que se tem extraído o chamado princípio do *Promotor Natural*, que foi concebido com a preocupação de limitar o arbítrio estatal no desenvolvimento do processo.

Na doutrina brasileira há um conceito que se pode dizer unívoco sobre o princípio da unidade e o seu consectário lógico que é a indivisibilidade. Parece não haver controvérsia no sentido de que *unidade* significa que os membros do Ministério Público fazem parte de *um único órgão sob a direção de um só chefe*.

A indivisibilidade, por sua vez, como decorrência do princípio antecedente, significa que os membros do Ministério Público atuam no processo como *Instituição* e esgotam a atividade desta no momento em que se manifestam, podendo, por isso mesmo,

na forma da lei, ser substituídos uns pelos outros. Esse conceito corrente de *unidade* – visto sob o seu aspecto meramente formal – é, por si, inútil e não tem significado algum. Daí a razão de não tem despertado grande interesse da doutrina que se propõe a estudar o Ministério Público. Na verdade, ele pode ser aplicado rigorosamente a qualquer *instituição pública* (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário).

Ninguém duvida, por exemplo, que o Poder Judiciário é uno, deles fazem parte os juízes de direito (que gozam de independência) e que estão, pelo menos no aspecto administrativo, sujeitos a uma chefia (*v.g.* Presidente do Tribunal).

Há, contudo, diferenças sensíveis quando, comparativamente, se busca perquirir o significado do princípio da unidade no Poder Judiciário e no Ministério Público. A unidade das decisões judiciais está revestida, sem dúvida alguma, de maior fragilidade. Com efeito, antes de tudo, está sujeita a um impulso externo e, bem por isso, não se aplica a todos os processos. Em outras palavras, a manifestação unitária do Poder Judiciário conta com diversos filtros e sempre resulta da necessária colaboração da parte, isto é, os órgãos de jurisdição superior só se manifestam se para o caso específico houver previsão de recurso e ele efetivamente for interposto no prazo e na forma que a lei prevê. Mesmo o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, só age por provocação e está necessariamente preso ao critério da imparcialidade.

A esta altura já é possível entrever a razão pela qual o constituinte destacou, dentre os princípios fundamentais do Ministério Público, exatamente a unidade e não o fez, por exemplo, em relação ao Poder Judiciário.

É que o campo de incidência da unidade do *Parquet*, ao reverso do que se verifica em outros entes estatais, é essencialmente **funcional**. Esse princípio do Ministério Público é pleno de significação e aplicabilidade. A unidade, mais do que sugere a definição, tem a relevante e indeclinável finalidade de preservar a isonomia de tratamento dos réus e investigados e busca viabilizar uma resposta célere, eficaz e coordenada à sociedade quanto aos métodos e medidas empreendidas no combate às mais variadas formas e expressões da criminalidade.

Como já se disse, o Ministério Público se faz presente, nas suas funções institucionais, por seus órgãos de execução, dotados de poderes jurídicos para praticar os atos da pessoa coletiva, que através deles **“conhece, pensa e quer”**<sup>57</sup>. Tais órgãos, nos limites de suas atribuições, **são** o Ministério Público, cuja vontade expressam e ao qual seus atos devem ser **imputados**.

---

57 Cf. MARCELO CAETANO – *Manual de Direito Administrativo*. Lisboa, 1965, p. 154.

Independência e autonomia funcionais não constituem privilégios pessoais, mas prerrogativas indissociáveis do dever funcional, para cuja realização se preordenam. Em síntese, o Ministério Público – seja no âmbito cível seja no âmbito criminal – sempre foi e será o representante da sociedade: a sociedade-governante, opondo-se, de forma recorrente, ao estado-aparato e enfrentando no seu dia a dia verdadeiros projetos criminosos de poder.

Para tanto, deve buscar caminhos e instrumentos eficazes de atuação, que deverão pautar a eficiência de sua política criminal.

Não há novidade na constatação de que, sob a ótica meramente funcionalista, há uma influência decisiva do binômio tempo-eficiência, isto é, o processo deve terminar no menor tempo possível e com a máxima eficiência.

A rápida solução para controvérsias, de maneira mais eficiente do ponto de vista da economia processual, avulta na sociedade contemporânea, notadamente nas duas últimas décadas, que são marcadas pelo extraordinário desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação. Trata-se da ideia de “Aldeia Global”, criada pela velocidade instantânea das informações em circulação pelo mundo e que repercute no direito penal e no processo penal, criando expectativas de eficiência, funcionalidade e celeridade.

Impõe-se, nessa medida, a análise específica do aspecto mais restrito da instrumentalidade do processo e direito penal, isto é, sua face empírica, pautada no consenso e na diversão.

Há que se buscar instrumentos que permitam concretamente a resolução de conflitos num tempo razoável, respeitadas e observadas rigorosamente as garantias individuais ligadas ao devido processo, e, em última análise, aos axiomas do garantismo que emanam da Constituição Federal.

Nossa análise, no presente artigo, está centrada, num primeiro momento, ao modelo de Justiça consensual, racional e orientada para resultados, em suas diversas manifestações, como instrumentos eficientes para a distribuição da Justiça e o encerramento dos conflitos criminais no menor tempo possível, com menor custo social e dentro do modelo garantista que norteou a Constituição da República.

Além disso, como salienta **Vasco Rodriguez** 58, a nenhum jurista atualizado terá passado despercebida a progressiva invasão da dogmática tradicional pelos novos conceitos da análise econômica do direito (AED), teoria que teve sua gênese nos Estados Unidos, no início da década de 60, inicialmente nos domínios do direito privado com três

---

58 Análise Econômica do Direito (2ª ed.), Coimbra, Almedina, 2016, p.36.

vertentes: a Escola de Chicago, a Escola de Yale e a terceira via defendida por Mercado Pacheco.

A teoria do *Law and Economics* já encontrou campo fértil no âmbito do direito processual penal – evidenciado pelo processo penal de resultados - bem como no direito penal, pautando-se pela análise da escolha racional, pelo equilíbrio e por critérios de eficiência, efetividade e eficácia, paradigmas naturais na prestação do serviço público (art. 37, CF).

No Brasil, no entanto, um agir assim, seja na produção legislativa, seja nos órgãos que integram o sistema de justiça e de segurança, ainda estão muito distantes ou, quando muito, apresentam-se de forma incipiente e não institucionalizada. As tentativas de reformas legislativa não têm surtido os efeitos desejados, seja porque extremamente fragmentadas, tímidas e revestidas – como se disse anteriormente – de mero caráter simbólico, seja porque violadas por antigas práticas burocratizantes, que lhes desvirtuam a própria essência.

Dois exemplos clássicos dessa afirmação podem ser encontrados justamente na Justiça Consensual (a timidez com que as regras do processo negociado foram concebidas, restringindo-se, em boa medida, aos juizados especiais criminais, em que o conceito de menor potencial ofensivo foi decidido por uma ficção pautada na pena e não pelos bens protegidos) e a adoção dos princípios de um processo oral (adotados e aplicados de forma incompleta, com os vícios burocratizantes hauridos dos processos escritos).

Em outras palavras, há necessidade de empenho e vontade política para se romper com sistemas e métodos que, embora arraigados ao *usus fori*, já se mostraram ineficientes.

Nesse esteio, busca-se demonstrar que as técnicas e instrumentos que decorrem de justiça negociada, orientada por critérios de transparência e eficiência na tomada de decisões (para legislar, prevenir, investigar e processar) podem ser ampliados, sem perplexidades e sem o risco de ofensa às garantias individuais, e os métodos de análise das ciências econômicas – a análise econômica do direito (AED) – não violam, se tomadas antes de tudo como um método de agir, as regras garantistas que devem permear a nossa política criminal.

Há uma tendência mundial para o chamado processo penal de resultados, que tem por escopo, em apertada síntese: (a) solução rápida e eficiente dos litígios; (b) a desburocratização da Justiça e sua maior aproximação ao ser consumidor; (c) permitir que o Magistrado e Ministério Público, mais do que solucionadores de mazelas e doenças, atentem para uma postura preventiva e, quando não possível, de mediadores de conflitos.

É nesse contexto que se insere a Justiça Consensual, em cuja espécie é possível identificar os modelos de justiça negociada (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc.) e os acordos de não-persecução penal, recentemente inseridos em nosso ordenamento processual por força da Lei 13.964/2019, como previsão no seu artigo 28-A. Evidencia-se, portanto, uma clara antinomia e contraposição entre o consenso e a justiça imposta ou conflitual.

Não se propôs a adoção do modelo estadunidense em sentido estrito, não só pela pluralidade de ordenamentos e heterogeneidade de fontes, mas principalmente pelas estruturas próprias e peculiares do Ministério Público e Poder Judiciário naquele País. Do mesmo modo, não se almejou a aplicação inflexível do chamado *adversarial system* que, ao mesmo tempo em que torna o magistrado um autêntico árbitro, dá ao órgão da acusação um amplo poder de negociação pautado em critérios absolutamente incompatíveis com o ordenamento brasileiro.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, pautado na celeridade e eficiência, estabelece que, não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática da infração sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, presentes determinados requisitos e, dentre eles, a necessária e fundamental reparação do dano, demonstrando inequívoca preocupação do legislador com o papel da vítima no processo criminal.

Trata-se, à semelhança do que ocorre com a transação penal, de um acordo com concessões recíprocas, pautado, portanto, no consenso, na convergência de vontades, sem o qual não pode ser efetivado.

Quando se fala em eficiência do processo alguns equívocos recorrentes ou, pelo menos, exageros maniqueístas merecem análise. De um lado, os defensores do chamado processo de resultados, buscando, a qualquer custo, a máxima eficiência e economia processuais; de outro lado, os detratores da expressão eficiência, que veem nesse sistema uma forma de limitação de direitos e garantias individuais e afronta aos axiomas garantistas.

Em direito, os conceitos de eficiência e eficácia são facilmente identificáveis, de acordo com a finalidade do processo almejada (instrumental; garantia contra o arbítrio Estatal ou conjunto de instrumentos e procedimentos assecuratórios dos direitos e garantias das partes dentro de um processo justo). A efetividade, no entanto, que é o próprio atingimento do resultado verdadeiro, apresenta-se na área do direito, especialmente o processual penal, como algo bastante fluido: paz social, vigência do estado de direito ou segurança pública e preservação da dignidade humana.

Em outras palavras, em matéria de direito processual penal, os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade – de acordo com os diversos cortes ideológicos que possam merecer – devem ser conjugados para se buscar um conceito e resultados adequados.

Não parece possível, no contexto de um Estado Democrático de Direito, conceber-se um processo que busque, a todo custo e com a máxima economia processual, a punição, como também não é razoável que em nome da suposta preservação de premissas garantistas, o abuso no emprego de um falso sistema de direitos, de modo a sacrificar a segurança pública, paz social e notadamente os direitos das vítimas, tão esquecidas pela nossa legislação.

Em suma, não é por meio de uma fórmula matemática e economicista que se atingirá a paz social e tampouco por meio de digressões ucrônicas, filosóficas e divorciadas da realidade que se poderá assegurar, no processo, um resultado justo, indene aos arbítrios estatais e que, ao mesmo tempo, evite a perda de referências cognitivas na ideia de Estado de Direito e fomenta o justicamento privado.

Portanto, um processo penal eficiente tem um claro caráter instrumental, concreto, empírico, dentro de um sistema de direitos e garantias das partes, assegurados num procedimento que se desenvolva num prazo razoável, para se atingir um resultado justo. Dentro dessa ótica, é perfeitamente possível a compatibilização do processo penal consensual, dos procedimentos abreviados e de regras típicas do processo oral, com um processo de inspiração garantista e não retoricamente paternalista.

Há quem negue, como disse, peremptoriamente o caráter instrumental do processo, com argumento que beira o silogismo erístico, ou seja, de que o consenso em matéria penal representará a ocisão dos direitos e garantias individuais, que não são compatíveis com o poder dispositivo das partes.

O equívoco nesse entendimento parece estar centrado, em primeiro lugar, na ideia maniqueísta que contrapõe (e não admite a conjugação) entre o poder punitivo Estatal e as garantias individuais que emanam do devido processo legal; em segundo lugar, na falsa premissa de que um processo penal consensual (Justiça Negociada) é inconciliável com a preservação dos direitos e garantias individuais e o devido processo legal, isto porque, no primeiro caso, o direito em jogo tem índole patrimonial, privada e disponível; e, a segunda hipótese, cuida de interesse público e indisponível.

Para os defensores radicais desse ponto de vista, o réu não é objeto do processo (como se via na origem do processo) e nem sujeito de direitos (como é encarado no direito contemporâneo), mas um autêntico objeto de estudo acadêmico, enquanto o processo nada mais é do que um fenômeno a ser dissecado e estudado academicamente.



Em outras palavras, o acusado nesse processo penal é alijado da sua autodeterminação. Trata-se de um ente desprovido de vontade e que não tem a capacidade de avaliar, para ele próprio, qual seria a melhor e mais conveniente maneira de enfrentar a opção Estatal em face da via reativa adotada, isto é, o consenso ou o conflito.

Além disso, não seria desarrazoado afirmar-se que uma rigorosa punição poderia ocorrer num momento em que não mais se mostrasse, do ponto de vista individual ou social, necessária e suficiente, posto que não alcançada pela prescrição .

Em outras palavras, seria razoável exigir-se do réu a submissão a uma pena mais gravosa, em nome de uma suposta medida garantista, que lhe retira o poder dispositivo e a possibilidade de chegar a um consenso que, concretamente, lhe seja mais favorável? Por certo, a resposta é negativa.

O falso conceito de que consenso e garantismo são institutos que necessariamente se contrapõem e excluem, talvez esteja fundado, como se disse, num modelo de Justiça Negociada oriunda do direito norte-americano, cujos vícios encontrarão consistente proteção na sistemática brasileira, na qual se adota, dentre outras técnicas, o chamado inquisitorial system, que não retira do juiz o poder instrutório e não o coloca como um mero espectador inerte, permitindo-lhe inclusive, quando for o caso, declarar o réu indefeso.

Um processo penal eficiente e eficaz é aquele que permita, no menor tempo possível, dentro do critério da razoabilidade, da estrita legalidade e da observância aos direitos e garantias individuais ligados ao devido processo legal, o atingimento de um resultado que seja justo e se aproxime do fim colimado, qual seja, a segurança pública e a paz social, mas não à custa de subtrair do indivíduo – da forma que melhor lhe convier – todos os instrumentos de defesa contra o eventual abuso do poder punitivo Estatal.

Já a política criminal racional deveria ser aquela que, longe de adivinhações, é planejada e traçada para uma atuação preventiva menos custosa socialmente e para uma investigação e repressão mais eficientes.

Nesse sentido, repita-se, no contexto da pós-modernidade (novos bens alçados à proteção jurídico-penal, globalização e revolução dos meios de comunicação), frente às novas formas de criminalidade que muito se distanciam do modelo clássico de inspiração iluminista (criminalidade organizada transnacional, terrorismo, criminalidade econômico-financeira) e, sobretudo, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a política criminal (política legislativa, do sistema de segurança e agentes do sistema de justiça), tem o dever de ser construída orientada para as consequências, com critérios mínimos de racionalidade e eficiência.

Com especial atenção à advertência de **José Carlos Barbosa Moreira**, no sentido de que "...nenhuma 'revolução' puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, na estrutura jurídico-social, modificações definitivas..." , e considerando que a sensação de impunidade que se difundiu na opinião pública deve-se, em grande parte, ao sistema processual penal antigo (remontando a 1941) e dissociado da realidade, nossa proposta está assentada na premissa de que a legislação brasileira deve se alinhar, em definitivo, a estruturas que privilegiem a adoção de instrumentos consensuais para a solução de conflitos, de acordo com as peculiaridades do direito brasileiro, a partir da implementação, no Ministério Público, de laboratórios de jurimetria, sob a forma de agências que, além de corpo técnico – analistas de dados, peritos etc – seja criada e pensada de acordo com as disfunções sociais e não simplesmente por território. Em suma, a adoção do processo penal consensual no Brasil impõe a conformação do Ministério Público ao perfil traçado pela Constituição Federal de 1988, com a adoção de estratégias criminais de atuação claras e consistentes.

## 2. MOMENTO PARA A PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A recente reforma processual penal, que introduziu em nosso ordenamento os acordos de não persecução penal, apresenta deficiências que precisam ser pontualmente corrigidas, mas já é o primeiro passo para se adotar no processo penal brasileiro sistemas que privilegiam a solução rápida de conflitos, com ações resolutivas e não demandistas, que, no fundo, são criticáveis pois transferem ao Poder Judiciário a solução de questões sociais.

A despeito disso, recentemente surgiu relevante polêmica sobre o momento para a aplicação dos acordos de não persecução penal. Na verdade, restabelece-se um debate que já havia sido pacificado no Colendo Supremo Tribunal Federal em relação à transação penal.

O acordo de não persecução penal (tal como a transação) tem um momento próprio para ser ofertado, ou seja, a audiência preliminar que antecede o oferecimento da denúncia ou, excepcionalmente, depois de iniciada a ação, mas sempre antes de recebida a inicial.

É esse aliás o posicionamento adotado pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Eminentíssimo Des. Dante Busana (Embargos de Declaração nº 39.355-0/1-01, São Paulo, de 02 de Setembro de 1998), que, na oportunidade, fez alusão a decisão da Colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 77.216-8, de 21 de Agosto de 1998, p. 04, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), anotando que a possibilidade de transação **fica preclusa com o oferecimento da denúncia** ou, pelo menos, com o seu recebimento.

O Acordo de não persecução penal (ANPP) **traduz num acordo com concessões recíprocas**. É intuitivo que não deve ser concedido, exclusivamente, em atenção ao interesse unilateral do acusado. Quando o instituto incida após o limiar da ação – o que, em princípio, é inadmissível e inconveniente – o seu grau de exigência não pode ser o mesmo peculiar às situações ordinárias. É que o esforço consumido com a realização dos atos a utilidade da medida para a sociedade.

Pelo sistema adotado no ANPP (também presente na transação penal), antes de iniciada a ação penal, o órgão titular da ação penal, valendo-se de critérios de discricionariedade controlada (obrigatoriedade mitigada), presentes os requisitos do art.28-A, poderá propor o acordo de não persecução penal ou a transação penal.

Nesse acordo **ganha a sociedade** pela economia processual, pois o *dominus litis* poderá se dedicar com mais tempo a outros casos de maior complexidade; também **ganha o investigado**, que não será considerado reincidente; não será considerado portador de maus antecedentes e, mais do que isso, estará livre dos ônus representados pela simples instauração e trâmite de um processo criminal.

Não se trata do *probation system* do direito anglo-saxão, pois neste a suspensão ocorre depois de reconhecida a culpabilidade do acusado, e tampouco apresenta qualquer similitude mais significativa com o instituto da suspensão condicional da pena, que decorre de sentença penal condenatória, ao cabo do devido processo, com todos os seus consectários (contraditoriedade, ampla defesa, paridade de armas etc.).

Resta claro, notadamente pela cogente necessidade de aceitação da proposta pelo acusado e seu defensor, a natureza consensual da medida. Somente será aplicável se houver acordo entre as partes (acusação e defesa) que, em seguida, o submeterão à apreciação do julgador para fins de homologação.

A medida que ora se pretende aplicar representa, atualmente, importante instrumento de prevenção geral, com uma resposta rápida do Estado à sociedade, e prestígio da Justiça, que apresentará soluções ágeis para delitos de média potencialidade ofensiva, prelevando-se as 'grandes causas criminais', que hão de merecer maior cuidado e atenção.

Entretanto, a sua concessão depois de iniciada a ação penal representa – no esteio do elucidativo entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal – um desvirtuamento da natureza jurídica do instituto, desviando-o da finalidade para a qual ele foi concebido. A aplicação do ANPP àqueles feitos em andamento - mesmo depois de superado o momento limite do oferecimento da denúncia - suscitou muitos debates, extremando-se os posicionamentos.

O instituto do ANPP, é irretorquível, traz em si um conteúdo de direito eminentemente material, pois devidamente cumprido, resultará na extinção da punibilidade.

De outra parte, como prelecionam **Nélson Hungria** e **Heleno Cláudio Fragoso** :

Mais favorável, sem dúvida alguma, é a lei nova quando admite uma causa extintiva da punibilidade, de que não cogitava a lei antiga. Assim, no tocante à reabilitação (desconhecida do Código de 1890), o Código atual tem efeito retroativo, isto é, abrange as penas acessórias decorrentes de condenações anteriores à sua vigência.

Também retroativa é a lei nova, por mais benigna, quando facilita a superveniência de causas de extinção de punibilidade já anteriormente previstas, como quando, por exemplo, abrevia o prazo da prescrição.

Em suma, conquanto o acordo de não persecução penal obste o desenrolar de atos do procedimentais, dele isentando, pelo menos temporariamente, o suposto autor do fato, é indiscutível que atinge a relação material e a própria punibilidade, devendo, portanto, retroagir em benefício do acusado.

No entanto, como já foi frisado anteriormente, o acordo deve ser proposto antes da propositura da ação ou, no máximo, até o recebimento da denúncia.

Os limites da aplicação retroativa da "*lex mitior*" vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído." (Diário da Justiça de 20 de dezembro de 1996, suplemento Informativo do STF, Brasília, 18 de dezembro de 1996 - nº 57).

E é precisamente esta a hipótese em estudo.

Reitera-se: o ANPP traduz um acordo com concessões recíprocas. É intuitivo que não deve ser concedido, exclusivamente, em atenção ao interesse unilateral do acusado.

O instituto não pode incidir após o limiar da ação – o que é inadmissível e inconveniente. É que o esforço consumido com a realização dos atos instrutórios reduz a utilidade da medida para a sociedade. Se esta já tem a perspectiva concreta de um título condenatório, nem mesmo excepcionalmente convirá sua aplicação, evitando-se, assim, que se converta em último refúgio do imputado, em busca da impunidade.

Pelo sistema adotado, no limiar da ação penal, o órgão titular da ação penal, valendo-se de critérios de discricionariedade controlada (ou obrigatoriedade mitigada), propõe o acordo com vistas à exclusão do processo.

Não há novidade na constatação de que a Lei deve ser aplicada como ela é e não como o intérprete gostaria que fosse.

É preciso resistir à tentação de se substituir ao legislador, máxime naqueles casos em que a lei não previu uma forma menos rigorosa de expiação. Não é possível que, a pretexto de se interpretar o texto legislativo, o exegeta se afaste da sua ratio, criando uma nova situação jurídica não desejada e nem concebida implicitamente pela *mens legislatoris*.

Consoante a lúcida advertência de **Carlos Maximiliano**, o Direito interpreta-se “inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ...à que torne aquela sem efeito, inócua...” 59.

De fato, constitui até mesmo um truísmo que, na Hermenêutica Jurídica digna desse qualificativo, “prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável”, pois “é antes de crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que o evidentemente...descabido”.60

Fere, data venia, a lógica do razoável falar-se “acordo de não-persecução penal” com a instrução encerrada e a condenação virtualmente efetivada.

A impropriedade da medida no curso de ação penal fica evidente pelos próprios termos do artigo 28, § 8º, do CPP, do qual se infere que, recusada a proposta, o juiz encaminhará os autos ao MP para a complementação de investigações ou o oferecimento da denúncia, o que pressupõe, como é evidente, que a ação penal não esteja em curso, até porque o MP, nos termos do artigo 42 (não revogado pela novel legislação), não pode desistir da ação da ação que haja proposto.

Mas não é só.

Apreciando semelhante questão, **Frederico Marques**:

---

59 Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 6ª ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1957, n. 179, p. 210.

60 Cf. ob. e loc. cit.

Outro equívoco que nos parece deva ser apontado, é o de considerar a exigência da "queixa" ou da "representação" na *lex posterior*, como circunstância benéfica para o réu que obrigue a nova lei a retroagir.

No caso apontado, é preciso estabelecer uma distinção. Se a lei nova, ao tornar-se obrigatória, encontra o fato pretérito ainda não submetido à *persecutio criminis*, esta só poderá iniciar-se por provocação do ofendido, não porém por ser *lex mitior*, e sim pela regra intertemporal de que as normas processuais têm incidência imediata. Mas, se iniciada a persecução, correrá o caso com o Ministério Público ou será necessária a querela? Em nosso entendimento, se a lei nova exigir a queixa, o ofendido deverá assumir as funções acusatórias, - porquanto a perempção e o perdão, institutos que se ligam ao direito de queixa - têm o caráter de condição negativa da punibilidade.

Quando estiver em foco a representação, tudo depende da fase em que se encontrar a *persecutio criminis*: se o caso ainda se encontra afeto à polícia, o ofendido precisa representar à autoridade competente porque a decadência da representação e a renúncia desta antes da propositura da ação penal, se apresentam também como condições negativas de punibilidade; mas se a acusação pública já foi intentada e a instância já se instaurou, não incide a lei nova porque então não se há falar em renúncia da representação, vigorando plenamente os preceitos de direito processual intertemporal<sup>61</sup>.

Na mesma linha, **Heleno Cláudio Fragoso**:

Se a lei nova torna privada a anterior ação penal pública, aplica-se também de imediato. Se não tiver sido iniciada a ação penal, será indispensável a queixa, observando-se o prazo de decadência, contado a partir da vigência da nova lei. Se já tiver sido iniciada a ação penal, deve o ofendido assumir as funções de acusador.

No que tange à representação: será indispensável se a ação penal ainda não se iniciou. Após o início da ação penal, será irrelevante a lei nova que subordina à representação [...] Se o processo já tiver sido iniciado por denúncia, irrelevante será a exigência da nova lei, devendo prosseguir a ação penal em curso<sup>62</sup>.

---

61 Curso de Direito Penal – volume I, Saraiva, 1954, pp. 194/195.

62 Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral, Forense, 12ª ed., 1990, p. 104.

A questão, aliás, já foi objeto de análise pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quando discutia se o instituto da suspensão condicional do processo poderia ser aplicado aos casos com decisão condenatória já proferida.

Nessa oportunidade, entendeu o E. Supremo Tribunal Federal que o art. 89 da Lei 9.099/1995, também norma de conteúdo misto com efeitos benéficos, não poderia ser aplicado depois da condenação penal:

**HABEAS CORPUS – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL (“SURSIS PROCESSUAL”) – LEI Nº 9.099/95 (ART. 89) – CONDENAÇÃO PENAL JÁ DECRETADA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEX MITIOR – LIMITES DA RETROATIVIDADE – PEDIDO INDEFERIDO.**

A suspensão condicional do processo – que constitui medida despenalizadora – acha-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas consequências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da *lex mitior*.

A possibilidade de válida aplicação da norma inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 – que dispõe sobre a suspensão condicional do processo penal (“sursis” processual) – supõe, mesmo tratando-se de fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da vigência desse diploma legislativo, a inexistência de condenação penal, ainda que recorrível. Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência do art. 89 da Lei nº 9.099/95, eis que, com o ato de condenação penal, ficou comprometido o fim precípua para o qual o instituto do “sursis” processual foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição da pena privativa de liberdade. Precedente. (HC 74463/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/12/1996, DJ 07/03/1997 – v.u.)

Tratando do tema, a Primeira Turma do STF, julgando o **HC-AgR nº 191.464**, firmou a seguinte tese: “*o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*” (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020, DJE de 13/11/2020).

No mesmo sentido no STF:

**EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO**

CRIMINAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE, NO PONTO, DA LEI 13.964/2019. INVIABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A RETROATIVIDADE SOMENTE ATINGE CASOS ANTERIORES À ENTRADA EM VIGOR DE REFERIDA LEI QUANDO AINDA NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA.

1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

2. A jurisprudência da Primeira Turma deste STF fixou a tese de que 'o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia'. (HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25.11.2020).

3. No caso, a denúncia foi recebida em 25.9.2012 (evento 2, fl 108), momento muito anterior à entrada em vigor da Lei 13.964/2019. Inclusive, quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, já havia sentença condenatória (evento 6, fls. 19/48) confirmada pelo Tribunal Regional (evento 8, fls 13/15). Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte, inadmissível a pretensão veiculada nesta sede processual.

4. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 190855 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 11-05-2021 PUBLIC 12-05-2021)

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Decisão pela inadmissibilidade de natureza mista. Capítulo em que se aplica a sistemática da repercussão geral. Não cabimento de recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal. Questões remanescentes. Prequestionamento. Ausência. Acórdão do Tribunal de origem fundamentado em legislação infraconstitucional (Código Penal). Ofensa reflexa à Constituição. Reexame de fatos e provas inadmissível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. Precedentes. **Pedido incidental de análise de acordo de não persecução penal (Lei nº 13.964/19). Inviabilidade. Retroatividade que alcança apenas casos em que ainda não tenha sido recebida a denúncia.** Precedente. Agravo regimental não provido. (ARE 1267798 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 31/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 09-07-2021 PUBLIC 12-07-2021)

"(...) 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida,



admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que a denúncia não tenha sido recebida. (...)" (RE 1330220, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 25/06/2021, Publicação: 29/06/2021)

E o Superior Tribunal de Justiça também acolheu esse entendimento em diversos precedentes (**grifos nossos**):

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE REALIZAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. LEI N. 13.964/2019. MATERIA NÃO ANALISADA PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - O pleito não reúne condições de acolhimento, pois o referido dispositivo de lei federal infraconstitucional, nos termos do que mencionado na petição anteriormente apresentada (art. 28-A, do CP - acordo de não persecução penal), não foi objeto de específico debate perante o eg. Colegiado a quo, tampouco o Ministério Público, legitimado a oferecer o referido acordo, nos termos do que dispõe o art. 28-A, do Código de Processo Penal, o fez.

**III - A pretensão defensiva, que caberia para fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019 caso não houvesse recebimento da denúncia, é incompatível tendo em vista o encerramento da prestação jurisdicional com a condenação do agravante.** Agravo regimental desprovido. (AgRg na PET no AREsp 1668089/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 29/10/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE SOMENTE POSSÍVEL AOS PROCESSOS EM CURSO ATÉ O

RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SITUAÇÃO NÃO VERIFICADA NA HIPÓTESE. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento pacificado no âmbito desta Corte, a possibilidade de aplicação retroativa do instituto relativo ao acordo de persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, inserido pela Lei n. 13.964/2019, somente é possível aos processos em curso até o recebimento da denúncia, situação não verificada na espécie.

2. Segundo a orientação deste Superior Tribunal, não há ilegalidade na majoração da pena-base, em razão do concurso de pessoas, quando se trata de crime que admite o concurso eventual, porquanto não se trata de circunstância ínsita ao tipo penal. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1561858/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 18/05/2021)

Tenha-se que nesse sentido já acolheu a 13<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal deste egrégio Tribunal de Justiça, ao julgamento do Habeas Corpus Criminal nº 2044250-89.2020.8.26.0000, Relator Desembargador França Carvalho, j. 03.04.2020:

[...] Com efeito, se trata de norma processual penal, incidindo o artigo 2º do Código de Processo Penal, que dispõe, de forma expressa, que 'a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior', consagrando o denominado princípio *tempus regit actum*.

Assim, aos processos em curso, em que já tenha sido ofertada a denúncia antes da vigência da nova lei (cf. fls. 11/55), o exercício do direito de ação foi regular e, como tal, não sofre impacto com o novel diploma legal, não se exigindo a condição de procedibilidade em questão, eis que se trata de ato jurídico perfeito, que atingiu sua eficácia sob a égide da norma jurídica anterior.

Ademais, não havendo qualquer ressalva feita pelo legislador a exigir a incidência de referida condição aos processos em curso, como o fez outrora no artigo 91, caput, da Lei 9.099/95, não há que se falar em aplicação da nova lei para se exigir representação do ofendido nos

processos já instaurados com o regular exercício do direito de ação pelo Ministério Público” (fls. 79 a 81) [...]

Discussão semelhante se estabeleceu com a vigência da Lei nº 13.964/2019 e a retroatividade da exigência da representação para o prosseguimento da ação penal. Decidiu a Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, ao tratar do tema:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL OU SUSPENSÃO DO PROCESSO NOVA LEI Nº 13.964/19 - AÇÃO PENAL CONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA - CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE QUE DEVE SER EXAMINADA ANTES DO OFERECIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 0001131-15.2020.8.26.0000; Relator (a): Ivana David; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapeva - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 10/03/2020; Data de Registro: 17/03/2020).

Nessa mesma linha é o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

REsp 97731 / RS. RECURSO ESPECIAL. 1996/0035855-9. Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106). Órgão Julgador. T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 02/12/1997; Data da Publicação/Fonte DJ 02/03/1998 p. 129.

Ementa: RECURSO ESPECIAL. LEI 9.099/95. REPRESENTAÇÃO. LESÃO CORPORAL CULPOSA. DENUNCIA E SENTENÇA ANTERIORES A NOVA EXIGENCIA. - IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DO ART. 91 PARA ENSEJAR A REPRESENTAÇÃO. AO TEMPO DA DENUNCIA E DE SENTENÇA, NÃO EXIGIA A LEI A REPRESENTAÇÃO. A CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE NÃO SE APLICA A HIPOTESE DE JA TER SIDO PROFERIDA A SENTENÇA (TEMPUS REGIS ACTUM).

- RECURSO NÃO CONHECIDO.

3. Conclui-se, pois, que o princípio *tempus regit actum* fixa o momento processual de aferição da condição de procedibilidade da ação penal pública e, sob outro ângulo, fixa o momento processual de aferição da condição negativa de punibilidade, consubstanciadas na representação do ofendido, por incidência já do disposto artigo 102 do Código Penal e dos artigos 2º, 25 e 42, todos do Código de Processo Penal; de modo que a lei nova que cria condicionante de representação do ofendido não retroage na hipótese em

que a denúncia foi validamente oferecida e recebida sob a vigência da lei anterior.

Tenha-se, outrossim, que essa conclusão fica revigorada, quando se consideram, no exame do tema, os comandos constitucionais do artigo 5º, caput e incisos XXXV, XXXVI e XLVI, e artigo 129, I, à luz da vedação constitucional de proteção deficiente dos direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão.

De resto, como se disse, em atenção à advertência de **José Carlos Barbosa Moreira**, é certo que "...nenhuma 'revolução' puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, na estrutura jurídico-social, modificações definitivas..."<sup>63</sup> se não for acompanhada de uma verdadeira mudança de mentalidade. É esse o desafio que se coloca ao processo penal consensual e as medidas a ele inerentes.

### 3. CONCLUSÕES ARTICULADAS

3.1. Os acordos de não persecução penal estão atrelados ao monopólio da ação penal (CF, 129, I) e a legitimidade para sua propositura é, portanto, privativa do órgão do Ministério Público, em atenta e cuidadosa análise dos requisitos objetivos e subjetivos prescritos pelo artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

3.2. Tratando-se de acordo com concessões recíprocas, o ANPP não pode ser proposto em atenção ao interesse unilateral do acusado e em qualquer momento processual ou após o trânsito em julgado da condenação, sob pena de tornar-se um refúgio para a impunidade, desvirtuando o próprio significado do processo penal consensual.

3.3. Fere a lógica do razoável falar-se "acordo de não-persecução penal" com a instrução encerrada e a condenação virtualmente efetivada.

3.4. A impropriedade da medida no curso de ação penal fica evidente pelos próprios termos do artigo 28, § 8º, do CPP, do qual se infere que, recusada a proposta, o juiz encaminhará os autos ao MP para a complementação de investigações ou o oferecimento da denúncia, o que pressupõe, como é evidente, que a ação penal não esteja em curso, até porque o MP, nos termos do artigo 42 (não revogado pela novel legislação), não pode desistir da ação da ação que haja proposto.

3.5. Não há novidade na constatação de que a Lei deve ser aplicada como ela é e não como o intérprete gostaria que fosse. É preciso resistir à tentação de se substituir ao

---

<sup>63</sup> *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*, Revista de Processo (37):141, janeiro/março de 1985, Ed. Revista dos Tribunais.

legislador, máxime naqueles casos em que a lei não previu uma forma menos rigorosa de expiação.

Não é possível que, a pretexto de se interpretar o texto legislativo, o exegeta se afaste da sua ratio, criando uma nova situação jurídica não desejada e nem concebida implicitamente pela mens legislatoris. Nenhuma mudança puramente processual poderá surtir efeito se não for acompanhada de uma autêntica mudança de mentalidade do operador do direito. É esse o desafio que se coloca ao processo penal consensual e as medidas a ele inerentes.

### **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

ALBERGARIA, Pedro Soares. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.

ALCIDES, Sérgio. Valéry on line, McLuhan off-line, in: *O Futuro não é mais o que era*. Rio de Janeiro: Artepensam, 2012.

ARAÚJO, Juliana Moyzes Nepomuceno Araújo. *Acordo de não persecução penal: instrumento de concretização do processo penal resolutivo e eficiente*. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de pós-graduação estrito sensu, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com defesa e aprovação no dia 17 de setembro de 2021.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Lisboa, 1965.

CLUNY, Antonio. *Pensar o Ministério Público Hoje*. Lisboa: Cosmos, 1997.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e PONTE, Antonio Carlos da. *O Ministério Público Brasileiro e a Justiça Consensual*. Foro, *Nueva Época* (ISSN 168.5583), vol.22, 2019, p.101-1018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal*. São Paulo, Verbatim, 2009.

\_\_\_\_\_. *Apontamentos sobre o crime organizado, a Justiça Consensual e o valor probatório das declarações do corréu*. In: CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães; MESSA, Ana Flávia (Orgs.). *Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. e MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Revista Jurídica de Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Um Novo Modelo de Atuação Criminal para o Ministério Público Brasileiro: agência e Laboratório de Jurimetria*, V. 11, n. 01, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*, Forense, 12ª ed., 1990, p. 104.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1961.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*, volume I, Saraiva, 1954

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 1ª edição, 2016.

\_\_\_\_\_. e DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Um Novo Modelo de Atuação Criminal para o Ministério Público Brasileiro: agência e Laboratório de Jurimetria*, in: Revista Jurídica de Escola Superior do Ministério Público de São Paulo –, V. 11, n. 01, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*, Revista de Processo (37):141, janeiro/março de 1985, Revista dos Tribunais.

PONTE, Antonio Carlos da. e DEMERCIAN, Pedro Henrique. *O Ministério Público Brasileiro e a Justiça Consensual*. Foro, Nueva Época (ISSN 168.5583), vol.22, 2019, p.101-1018.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I, Rio: Forense, 1974.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*, São Paulo: Saraiva, 1968.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito* (2ª ed.), Coimbra, Almedina, 2016.

## A JURISDIÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**EDER JOSÉ PACHECO:** Bacharel em Direito pela Unifenas. Oficial do MP/MG. Agente Fiscal do Procon/MG. Pós-graduado em Direito Civil, Penal, Consumidor.

**RESUMO:** O presente trabalho acadêmico visa analisar a atual forma de composição do Supremo Tribunal Federal e as conseqüentes implicações na independência das decisões dos ministros, considerando a existência de demasiados interesses políticos, que permeiam as relações organizacionais do Estado brasileiro. Para tanto, será realizado um breve estudo dos modelos de Justiça Constitucional de países como Estados Unidos, Áustria, França, Alemanha e Portugal, a fim de fornecer subsídios para o aprimoramento do atual modelo previsto na Constituição Federal de 1988, para que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro possa exercer suas funções em maior consonância com as diretrizes democráticas modernas. Ao final, serão apresentadas as nossas considerações finais acerca da natureza política-constitucional da Suprema Corte.

**Palavras-chave:** Sistema político; Poderes estatais; Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO; 3. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 4. CIDADANIA E CONTROLE POLÍTICO; 5. PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA APRIMORAR A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) situa-se no ápice do Poder Judiciário do Brasil, exercendo a função de controle da jurisdição constitucional, tanto de modo difuso, como concentrado. Como guardião da Constituição Federal, suas decisões assumem um importante papel na consolidação do Estado de Direito.

O STF não é uma corte constitucional apenas, pois exerce mais funções que o controle de constitucionalidade.

Frisa-se, no entanto, que com relação aos seus membros, a nomeação se dá por ingerência do Presidente da República, por critério político, depois de aprovada a escolha por maioria absoluta do Senado Federal, cujo mandato se estenderá até o alcance da idade de 75 anos, o que se efetivará com a aposentadoria compulsória.

Em seu primeiro mandato presidencial, Dilma Rousseff indicou quatro ministros<sup>64</sup> para o Supremo Tribunal Federal, e deveria nomear, em seu segundo mandato, mais cinco outros<sup>65</sup>, além do Ministro Luiz Edson Fachin, indicado em 14 de abril de 2015, para preencher a vaga deixada pelo, então ministro, Joaquim Barbosa. Já o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva indicou oito ministros para a Suprema Corte, dentre os quais três ainda fazem parte da composição atual: Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Dessa forma, Dilma e Lula, juntos, já nomearam treze ministros para o Supremo Tribunal Federal.

Michel Temer, que assumiu a Presidência do Brasil após o *impeachment* de Dilma Rousseff, nomeou em 22 de março de 2017 o Ministro Alexandre de Moraes, assumindo a vaga do Ministro Teori Zavascki.

Ao analisar a tabela disponível no site do STF, acerca do número de ministros nomeados por cada Presidente da República, é possível verificar que Dilma e Lula foram os que mais indicaram ministros na história da Nova República do país. Esse dado torna-se preocupante ao se considerar a possibilidade de o Presidente da República optar por nomes que mais se identificam com as ideias governistas. Da mesma forma, o ministro nomeado pode criar uma espécie de gratidão pelo Presidente que o nomeou. (RAMALHO; PASSARINHO, 2014).

Essa etapa, embora importante, acabou por adquirir um caráter homologatório da indicação do presidente. Os debates, nesta fase do processo, são considerados insuficientes para barrar possíveis jogos de interesses. Além disso, há controvérsias sobre como, afinal, é possível determinar o que é o notório saber jurídico e a tal reputação ilibada.

Essa preponderância de ministros indicados pelo atual governo faz reacender a discussão sobre a necessidade de revisão dos critérios para preenchimento deste importante cargo, especialmente pelos aspectos ético e político que cercam tais nomeações. Muitos, inclusive o Ministro Gilmar Mendes, chegaram a dizer que o Brasil corria o risco de ter uma "corte Bolivariana", em alusão ao sistema ditatorial da Venezuela onde o Tribunal Supremo de Justicia (órgão máximo da justiça daquele país), tornou-se uma espécie de poder a serviço do Executivo.

---

<sup>64</sup> A presidente Dilma Rousseff indicou os ministros Luiz Fux, em 01 de fevereiro de 2011; Rosa Weber, em 07 de novembro de 2011; Teori Zavascki, em 10 de setembro de 2012; e Luís Roberto Barroso, em 23 de maio de 2013.

<sup>65</sup> Deverão deixar os cargos os ministros Marco Aurélio Mello, em julho de 2016; Ricardo Lewandowski, em maio de 2018; Teori Zavascki, em agosto de 2018; e Rosa Weber, em outubro de 2018.



Demais disso, o STF está totalmente alijado do processo de escolha de seus próprios membros, deixando o Poder Judiciário em posição inferior aos outros dois poderes, visto que não há nenhuma interferência de outro Poder na escolha dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo estes alcançados pelo sistema de “freios e contrapesos” somente no exercício e no controle de suas funções, enquanto que aquele sofre interferências já na sua formação.

Hoje, há ao menos 20 propostas de Emenda à Constituição visam modificar a maneira como o Brasil escolhe os ministros do STF. Apenas uma já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e poderá ser votado no plenário da casa.

Nesse contexto, surgem algumas questões: a forma pela qual os ministros são nomeados interfere na independência das decisões do órgão de cúpula do judiciário? Haveria uma forma mais democrática para compor a Corte?

Diante das peculiaridades existentes em tais Tribunais, resta indagar: qual seria a natureza política-constitucional do STF? Teria ele a natureza genuína de Corte Constitucional nos moldes dos clássicos Tribunais Europeus?

A fim de fornecer parâmetros para uma análise crítica a respeito das questões levantadas, será realizado um breve e sucinto exame sobre as formas de nomeações de ministros em cinco modelos de justiça constitucional.

## **2. MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO**

Os Tribunais Constitucionais são órgãos responsáveis pelo controle judicial de constitucionalidade, o qual, de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes,

[...] visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar. (FERNANDES, 2011, p. 895).

É importante ressaltar, no entanto, que existem diferentes formas pelas quais os controles de constitucionalidade são exercidos, sendo possível agrupá-los em três grandes sistemas:

O sistema norte-americano desenvolveu-se a partir do julgamento do caso *Marbury x Madison*, em 1803, e uma de suas principais características foi a atribuição do controle dos atos normativos em relação à Constituição a todos os órgãos do poder judiciário. (FERNANDES, 2011);

Já o sistema austríaco, originado desde a Constituição da Áustria de 1920, concentrou a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade em um órgão específico, qual seja: a Corte Constitucional. (FERNANDES, 2011);

O sistema francês, por sua vez, teve início a partir da Constituição da V República de 1958, e conferiu a responsabilidade pelo exercício do controle de constitucionalidade a um órgão de cunho político, denominado Conselho Constitucional. (FERNANDES, 2011).

A seguir, serão estudadas características relacionadas à forma de composição de cinco Cortes Constitucionais: norte-americana, austríaca, francesa, alemã e portuguesa.

## **2.1 Corte Constitucional Norte-americana**

A Suprema Corte dos Estados Unidos é composta por nove ministros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, por maioria simples. O autor Alexandre de Moraes observa, no entanto, que a quantidade de ministros já foi modificada ao longo da história:

[...] Ocorre que, por não ser uma previsão constitucional, já houve alteração nesse número. A Lei Judiciária de 1789 previa seis juízes, sendo posteriormente alterada por leis que previam cinco, seis, sete, nove, dez, sete e novamente nove; sempre, como ressalta Lawrence Baum, "para acomodar os deveres dos juízes nos tribunais federais inferiores e, em parte, para servir a objetivos partidários e de políticas do Presidente do País e do Congresso". (MORAES, 2003, p. 88).

Apesar de não haver critérios para a escolha dos membros da Corte, Moraes demonstra a preferência da tradição por aqueles formados em Direito:

[...] Salieta-se, porém, que historicamente, somente os membros da profissão de advogado foram escolhidos para o cargo de juiz. Lawrence Baum aponta quatro categorias que levam o Presidente da República a escolher um candidato a Suprema Corte: critérios objetivos de competência e ética; preferências políticas; recompensa

a associados políticos e pessoais; e busca de futuro apoio político. (MORAES, 2003, p. 89-90).

Deve-se ressaltar, ainda, a impossibilidade de cumulação do cargo de juiz da Corte com qualquer outro cargo no âmbito dos poderes legislativo e executivo, bem como a inexistência de limite de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos, sendo esses de caráter vitalício. O exercício dos membros apenas se encerra com a renúncia, aposentadoria ou *impeachment*. (MORAES, 2003).

## 2.2 Corte Constitucional Austríaca

O Tribunal Constitucional da Áustria compõe-se por quatorze membros e seis suplentes. A escolha dos integrantes é realizada tanto pelo poder Executivo quanto pelo poder Legislativo, como bem explicita Alexandre de Moraes:

[...] Assim, o presidente, o vice-presidente, seis membros, e três suplentes serão escolhidos pelo Governo Federal, todos eles entre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das Faculdades Universitárias de Direito e Ciências Políticas. Os outros seis membros e três suplentes serão escolhidos pelo Parlamento, dos quais, três membros e dois suplentes pelo Conselho Nacional, por maioria qualificada, e três membros e um suplente, pelo Conselho Federal, por maioria absoluta. Todos os membros serão nomeados pelo Presidente Federal. (MORAES, 2003, p. 121-122).

Para a investidura nos cargos de membros e de suplentes, são necessários três requisitos: formação em Direito e em Ciências Políticas, além do mínimo de dez anos de atividade em que se exigiu uma das qualificações mencionadas. São previstas, ainda, determinadas incompatibilidades com o exercício do cargo, como o desempenho de outras funções públicas ou privadas, com exceção do magistério. (MORAES, 2003).

Assim como a constituição norte-americana, a constituição austríaca não impõe limite de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos, sendo esses de caráter vitalício. A diferença é que na Áustria existe a previsão de aposentadoria compulsória ao término do ano em que o juiz completar setenta anos de idade. (MORAES, 2003).

## 2.3 Corte Constitucional Francesa

Do Conselho Constitucional Francês faz parte nove integrantes, além dos ex-presidentes da República. Esses últimos ocupam os cargos como membros natos, ou seja,

possuem vitaliciedade. Já os membros não vitalícios são escolhidos por terços pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Senado, para ocuparem os cargos por um período de nove anos, sendo vedada a recondução. (MORAES, 2003).

A constituição francesa garante a alternância dos membros não vitalícios do Conselho, com a renovação de um terço dos cargos, a cada três anos. Prevê, ainda, incompatibilidade entre as funções de membro do Conselho com as de integrantes do parlamento, sendo as demais incompatibilidades determinadas por lei orgânica. Por outro lado, a Constituição não dispõe sobre a existência de requisitos capacitários especiais, assim como não fixa limite de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos. (MORAES, 2003).

## 2.4 Corte Constitucional Alemã

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha é composto por dezesseis integrantes, divididos igualmente em dois senados hierarquicamente equivalentes. Esses membros são eleitos pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal:

[...] Assim, a eleição dos juízes constitucionais deverá ser realizada metade pelo *Bundestag* (Parlamento Federal) e a outra metade pelo *Bundesrat* (Conselho Federal), exigindo-se a maioria de dois terços, o que acaba por obrigar os partidos políticos a um consenso, de forma que a escolha reflita a representatividade parlamentar. (MORAES, 2003, p. 156).

Para a investidura nos cargos de membros, são necessários três requisitos: estar em dia com os direitos políticos necessários para o ingresso no Parlamento, estar apto ao exercício da judicatura, além da idade mínima e máxima de quarenta e sessenta anos, respectivamente. Salienta-se ainda a proibição de conciliar a atividade de juiz constitucional com qualquer outra, com exceção do magistério superior em cursos de Direito. (MORAES, 2003).

Não há vitaliciedade para os membros, uma vez que os cargos possuem duração de doze anos, sendo vedado o retorno ao cargo, tanto por meio de reeleição quanto de nova eleição. (MORAES, 2003).

## 2.5 Corte Constitucional Portuguesa

O Tribunal Constitucional Português compõe-se por treze membros, divididos em duas seções não especializadas, hierarquicamente equivalentes. Fazem parte de cada seção

seis integrantes, além do Presidente do Tribunal. A Assembleia da República elege dez juízes, os quais escolherão os três membros faltantes. Alexandre de Moraes faz importante observação sobre o modelo adotado:

[...] Essa opção, porém, não parece atender à finalidade maior de independência política dos juízes constitucionais, pois como relembram Nadais, Vitorino e Canas “ao contrário das várias soluções preconizadas, o Tribunal Constitucional tem uma composição que decorre, directa ou indirectamente, de uma única fonte de designação, a Assembleia da República”. (MORAES, 2003, p. 182).

O acesso ao Tribunal é restrito a juízes dos tribunais judiciais, os quais ocupam seis vagas, e a juristas, que ocupam as sete vagas restantes. Referidos membros estão proibidos de cumular funções, salvo a de professor ou de investigação científica de natureza jurídica, não podendo ser remuneradas. (MORAES, 2003).

Inexiste a previsão de vitaliciedade, uma vez que os cargos possuem duração de nove anos, sendo vedada a recondução. (MORAES, 2003).

### **3. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O órgão de cúpula do Poder Judiciário já fazia parte da realidade brasileira desde o período colonial. Em 1808, Dom João VI criou a Casa de Suplicação do Brasil, com atribuição similar à Casa de Suplicação de Lisboa. No império, por sua vez, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, conforme previsão constitucional, como descreve o autor Leonardo Scofano Damasceno Peixoto:

A Casa de Suplicação do Brasil foi sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça (1829-1891), que perdurou por toda a fase imperial até o alvorecer da República. Nota-se, porém, que a Constituição Imperial de 1824 não contemplava qualquer sistema semelhante ao controle de constitucionalidade moderno, visto que prevalecia, ainda, o dogma da supremacia do Parlamento. De outro lado, ao monarca competia manter o equilíbrio e evitar os abusos entre os poderes (Poder Moderador). (PEIXOTO, 2012, p. 109).

Em 1890, foi criado o Supremo Tribunal Federal, o qual passou por diversas modificações, ao longo das seis Constituições brasileiras:

A Constituição de 1981 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de quinze ministros para a Corte, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1934 modificou o nome do Supremo Tribunal Federal para Corte Suprema. Além disso, previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de onze ministros, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, com mínimo de trinta e cinco anos e máximo de sessenta e cinco anos de idade. Ressalta-se que esse último requisito não se aplicava aos magistrados. Foram fixados dois limites de idade para a aposentadoria compulsória: setenta e cinco anos para magistrados e setenta e oito anos para os demais servidores. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1937 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de onze ministros para a Corte, após aprovação do Conselho Federal, dentre os brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com o mínimo de trinta e cinco anos e o máximo de cinquenta e oito anos de idade. Foi fixado o limite de idade único de sessenta e oito anos para a aposentadoria compulsória. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1946 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de dezesseis ministros para a Corte, após aprovação por maioria simples pelo Senado, dentre os brasileiros com idade mínima de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Foi fixado o limite de idade de setenta anos para a aposentadoria compulsória. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1967 previa a nomeação, por parte do Presidente da República, de dezesseis ministros para a Corte, após aprovação por maioria simples pelo Senado, dentre os cidadãos com idade mínima de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (PEIXOTO, 2012).

A Constituição de 1988 estabelece que o Supremo Tribunal Federal deve ser composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, por maioria absoluta, sendo um presidente e os demais, divididos em duas turmas de cinco membros, hierarquicamente equivalentes. (MORAES, 2003).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal.

São necessários três requisitos capacitários para a investidura no cargo: ser brasileiro nato (art.12, §3º, IV, da CF/88); estar em pleno exercício dos direitos políticos e possuir notável saber jurídico e reputação ilibada (art.101 da CF/88); e ser nomeado pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado

Federal. Dentre as incompatibilidades previstas estão o impedimento para o exercício de outro cargo ou função, exceto a docência; e o envolvimento com a atividade político-partidária. A idade mínima prevista deve ser superior a trinta e cinco anos e a máxima inferior a sessenta e cinco anos de idade. Já a vitaliciedade é adquirida com a posse, no entanto, em razão da previsão de aposentadoria compulsória, os ministros devem deixar o cargo após completarem setenta anos de idade. (MORAES, 2003).

Por se tratar de um órgão de extrema importância no âmbito nacional, e que se encontra em evolução contínua desde seu surgimento, vários autores ponderaram sobre propostas para aprimorar a atuação do STF, algumas das quais serão expostas adiante.

#### **4. CIDADANIA E CONTROLE POLÍTICO**

Normalmente, costuma-se limitar o conceito de cidadania ao sufrágio universal, ou seja, como o direito ao exercício do voto como o simples votar e ser votado.

Todavia, no Estado Democrático de Direito, aludido conceito não abarca realmente o que se deve entender por cidadania.

Rosemiro Pereira Leal aduz o seguinte conceito de cidadania:

Cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional. (LEAL, 2002, p. 151).

Conforme os ensinamentos do referido autor, constata-se que cidadania não se limita ao direito de votar e ser votado, mas denota um alcance mais amplo, qual seja, o cidadão está apto, além de exercer mencionados direitos, a atuar como construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico ao qual se filiou.

Em relação ao tópico ora estudado, Roberta Maia Gresta nos ensina que estado e cidadania não estão em planos hierárquicos distintos, já que na concepção exposta por Leal:

a cidadania não é um beneplácito estatal, mas um vínculo que conecta a pessoa diretamente ao estatuto jurídico-político inscrito na constituição; o ordenamento jurídico não é uma doação do estado,

mas objeto de construção e reconstrução permanente por meio de decisões legislativas, administrativas e judiciais; o cidadão não é mero destinatário da tutela estatal, pois participa dessas decisões como condutor. (GRESTA, 2014, p. 09).

Com efeito, o Direito Processual, como ramo do Direito Público, tem suas linhas fundamentais ditadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Alguns dos princípios gerais que informam o processo são, *a priori*, princípios constitucionais ou seus corolários, tais como, o juiz natural (art. 5º, XXXVII), a publicidade das audiências (art. 5º, LX e 93, IX), a posição do juiz no processo e da subordinação da jurisdição à lei (imparcialidade); e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária, entre outros mais.

A análise da Constituição Federal em vigor contém vários dispositivos que caracterizam a *tutela constitucional da ação e do processo*. Assim o faz quando estabelece a competência da União para legislar sobre *direito processual*, unitariamente conceituado (art. 22, I); e quanto aos *procedimentos em matéria processual*, dá competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, XI).

Por outro lado, convém salientar que o direito de ação, com o correlato acesso à justiça, é ainda sublinhado pela previsão constitucional dos juizados especiais, civis e penais, obrigatórios e todos informados pela conciliação e pelos princípios da oralidade e concentração (art. 98, I).

Com o mesmo espírito, inserem-se a facilitação do acesso à justiça, mediante a legitimação do Ministério Público e de corpos representativos da sociedade civil organizada, na defesa dos chamados *interesses difusos e coletivos*, de que a Constituição Federal é extremamente rica (art. 5º, XXI e LXX; art. 8º, III; 129, III e §1º; art. 232). O mesmo ocorre com relação à titularidade da ação direta de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, sensivelmente ampliados (art. 103).

Ressalta-se que os princípios processuais acima referidos expressam os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, bem como os seus valores supremos como a dignidade da pessoa humana e a ideia de justiça social, a serem necessariamente observados pelo Estado, sob pena da atividade jurisdicional carecer de fundamentação constitucional.



Imprescindível tratar do tema em análise (cidadania) sem mensurar, ainda que por meio de ligeira reflexão, a ideia de controle político. Com apoio na doutrina de Karl Loewenstein, verifica-se a existência de dois tipos de controle político, quais sejam, o controle horizontal e o controle vertical. Os controles horizontais se desenvolvem na seara do próprio aparato estatal, enquanto o controle vertical se realiza entre a sociedade e o Estado.

Especialmente no que se refere ao “controle vertical”, destaca-se que para o referido autor aquele pode ser classificado em três tipos: *el federalismo, los derechos individuales y las garantías fundamentales y el pluralismo*.

E como verticalização do controle político, tem-se que:

[...] es la circunstancia de que cada una de ellas en su lugar y dentro de su cuadro activa la dinámica del poder entre el nivel alto y el bajo, de tal manera que ejercen la función de un parachoques o de un cojinete dentro del proceso del poder. Entonces, el federalismo sería para él, el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa. (LOEWENSTEIN, 1976, p 353-359).

Quanto à questão da politização do STF, é importante evidenciar que, de fato, esse fenômeno é intrínseco à natureza da Corte, pois como bem frisou Paulo Adib Casseb,

De forma precisa, essa questão foi exposta em Relatório elaborado pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado, em 2003, ao opinar pela indicação presidencial ao STF, nos seguintes termos: “*não devemos esquecer que esse Tribunal é, por sua própria função de Corte Constitucional, um Tribunal político-jurídico. Isto porque a sua matéria-prima de trabalho, a Constituição da República, é um documento político-jurídico composto por institutos, princípios e regras que admitem, alguns, estrita tradução jurídica, e outros que permitem e até exigem leitura sociológica, política e econômica*”. (CASSEB, 2011, p. 585-586).

Referida natureza política não tem o condão de, por si só, influenciar na autonomia das decisões dos ministros, na medida em que “[...] os novatos acabam absorvendo a tradição

*de independência do STF, ao mesmo tempo em que se veem obrigados a honrar seus currículos, em geral, bastante prestigiados no meio jurídico" (RAMALHO; PASSARINHO, 2014).*

O processo de construção da estrutura política e do fomento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos se encontram acoplados no próprio controle político exercido pelo Poder-Estado.

É nesse sentido, pois, que devemos aprimorar a atuação do Suprema Corte, na condição de guardião da Constituição Federal de 1988, posto que a cidadania restaura em um Estado Democrático de Direito a verdadeira aptidão do cidadão em construir o ordenamento jurídico no qual se encontra vinculado.

## **5. PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA APRIMORAR A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Alexandre de Moraes discorre sobre diversas mudanças nas competências e nas formas de composição, investidura e impedimentos da Suprema Corte brasileira, com o objetivo de transformá-la, exclusivamente, em uma Corte de Constitucionalidade. Para o autor,

Essas alterações propiciarão ao STF maior legitimidade para o exercício de seu grave mister de garantidor supremo da Constituição da República Federativa do Brasil e defensor dos direitos fundamentais do ser humano, ao garantir-lhe maior *pluralismo, representatividade e complementaridade* em sua composição com a participação de juristas, bacharéis em Direito, juízes e membros do Ministério Público. (MORAES, 2003, p.288).

Em relação ao número de ministros, Moraes não vislumbra a necessidade de alteração da composição atual, na medida em que caberá aos integrantes apenas a função interpretativa da Constituição. Quanto à investidura, os membros devem ser escolhidos, de forma proporcional, pelos três poderes estatais, sendo que o Presidente da República e o Congresso Nacional indicarão quatro ministros cada, e os restantes serão escolhidos pelo STF, dentre membros da magistratura e do Ministério Público. O autor ressalta, ainda, a necessidade de haver prévio parecer da Ordem dos Advogados do Brasil sobre as escolhas por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. (MORAES, 2003).

No que tange aos requisitos capacitários, Moraes defende a substituição da exigência subjetiva do notável saber jurídico de forma diferenciada para os membros

indicados pelos Poderes Executivo e Legislativo e para aqueles escolhidos pela Suprema Corte: dos primeiros, será exigida a atuação como bacharel em direito por, pelo menos, dez anos ou o doutorado em Direito. Já dos últimos será exigida a atuação como magistrado ou como membro do *parquet*, também pelo período mínimo de dez anos. (MORAES, 2003).

Além disso, é imprescindível restringir o ingresso ao STF de pessoas com qualquer vínculo aos "*[...] cargos de confiança do Poder Executivo, mandatos eletivos ou o cargo de Procurador Geral da República, durante o mandato do Presidente da República em exercício no momento da escolha*". (MORAES, 2003, p. 298).

O referido autor destaca também a importância de o ministro ficar impedido de exercer cargos de confiança e mandatos políticos, após o fim do mandato, por um período de quatro anos, bem como dispensa os limites de idade mínima ou máxima para a investidura nos cargos, os quais devem possuir mandatos certos, com duração de dez anos, a fim de não coincidir com os mandatos políticos, sendo vedado o retorno ao cargo, tanto por meio de reeleição quanto de nova eleição. (MORAES, 2003).

Paulo Adib Casseb, por sua vez, assinala que a forma de distribuição das vagas entre magistrados, membros do Ministério Público e advogados já ocorre na Suprema Corte, ainda que apenas na prática, razão pela qual o referido arranjo não refletirá em mudanças efetivas. Sobre a elevação do quórum de aprovação da escolha presidencial, o autor enfatiza a possibilidade de morosidade do processo, em decorrência da falta de consenso entre os parlamentares. Casseb defende, em suma, a realização de pequenos ajustes no modelo vigente, especialmente no que tange à implantação do conhecimento jurídico como requisito para a investidura nos cargos, e a limitação da nomeação de ministros por um mesmo presidente. (CASSEB, 2011).

Já Oscar Vilhena Vieira propõe a redução de competências da Suprema Corte, bem como a qualificação dos processos de deliberação. Para o referido autor, a atuação do STF como Corte Constitucional, Tribunal de última instância e foro especializado dificulta o exercício de sua função precípua, qual seja, a jurisdição constitucional. Vieira vislumbra a necessidade de maior controle da sua agenda, com a utilização de mecanismos como a arguição de repercussão geral, o efeito vinculante e a súmula vinculante, além de maior integridade do sistema judiciário, por meio da utilização do sistema difuso de controle de constitucionalidade:

[...] Ao restringir a sua própria jurisdição, ao se autoconter, o Supremo estaria, ao mesmo tempo, reforçando a sua autoridade remanescente

e, indiretamente, fortalecendo as instâncias inferiores, que passariam, com o tempo, a ser últimas instâncias nas suas respectivas jurisdições. É preocupante a posição de subalternidade a que os tribunais de segunda instância foram relegados no Brasil, a partir de 1988, quando as decisões passaram a ser invariavelmente objeto de reapreciação. (VIEIRA, 2008, p. 458).

Ademais, Vieira ressalta a importância da restrição das competências de natureza monocrática, na medida em que as decisões de um órgão colegiado devem ser fruto de "*[...] um maior consenso decorrente de um intenso processo de discussão e deliberação da Corte*". (VIEIRA, 2008, p. 458), e não apenas "*[...] uma somatória aritmética de votos díspares*". (VIEIRA, 2008, p. 458).

Para o autor, o processo de deliberação deveria ocorrer em três etapas: a) primeiramente, seria realizada uma seleção dos casos, com a organização da agenda; b) já a fase de produção de provas deveria ser realizada com a presença obrigatória dos ministros; c) as sessões de discussão e julgamento finalizariam o processo. Referida qualificação possibilitaria ao STF delimitar seus padrões interpretativos e, conseqüentemente, "*[...] estabilizar sua própria jurisprudência, bem como a jurisprudência dos tribunais e juízes de primeiro grau*". (VIEIRA, 2008, p. 459).

Por fim, o consultor legislativo Newton Tavares Filho sugere, dentre as diversas ideias mencionadas, uma singular: a submissão dos ministros a referendos populares, por ocasião da nomeação e, periodicamente, a cada dez anos, como ocorre no Japão. Para o consultor, ao mesmo tempo em que seria uma medida democrática, poderia não lograr êxito em razão da natureza técnica do assunto e da extensão continental do país. (FILHO, 2017).

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em vista do acima exposto, e após a análise dos modelos de justiça constitucional no direito comparado e do breve histórico do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que diversas sugestões doutrinárias são pertinentes, especialmente aquelas voltadas para uma maior democratização e transparência no processo de nomeação de ministros da Corte.

Montesquieu, jurista e filósofo francês, apoiado na teoria sobre a tripartição dos poderes, já anunciava a necessária e verdadeira independência entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário para um melhor funcionamento do Estado.

De acordo com o modelo institucional adotado pelo Brasil, o controle de constitucionalidade jurisdicional é composto por membros que compõem a estrutura do Poder Judiciário, ou seja, pelos integrantes da carreira da magistratura.

Independentemente de se adentrar ao mérito em relação à transformação da Suprema Corte em um tribunal exclusivamente constitucional, a adoção de medidas, em tese, menos radicais, como, por exemplo, a inserção de requisitos objetivos para a investidura nos cargos de ministros, o estabelecimento de mandatos fixos e de quarentena, a elevação do quórum para aprovação das nomeações no Senado e a inclusão de profissionais de carreiras jurídicas e professores universitários nos processos de escolha, já surtiriam efeitos na forma de atuação da Corte.

Sendo assim, o equilíbrio entre suas funções é que deve ser observado, de forma a garantir que a política da Corte seja uma Corte (também) política.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: outorgada em 5 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República os Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1967. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Presidentes da República que nomearam ministros para o supremo tribunal federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>>. Acesso em: 13 out. 2017.

CASSEB, Paulo Adib. **Fundamentos da forma de designação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução os Fundamentos da Processualidade Democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.

RAMALHO, Renan; PASSARINHO, Nathalia. **Desafios: Reeleita, Dilma indicará ao menos seis nomes para o STF**. Brasília, 28 de out. de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/10/desafios-reeleita-dilma-indicara-ao-menos-seis-nomes-para-o-stf.html>>. Acesso em: 13 out. 2017.

RIBEIRO, Roberto da Silva. **O processo de indicação dos ministros do supremo tribunal federal: uma análise crítica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para discussão ° 174). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td174>>. Acesso em: 13 out. 2017.

TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>>. Acesso em: 13 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Procedimento de escolha e nomeação dos titulares de cortes constitucionais no direito comparado**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/204689.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, p.441-464, jul.2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

## POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE SÓCIO MINORITÁRIO PELO FIM DA “AFFECTIO SOCIETAIS”

**JOÃO VICTOR FERREIRA OLSZENSKI:**

Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2013); Especialista em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura (2021).

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo abordar a possibilidade retirada e a exclusão de sócio da sociedade limitada, tendo em vista a interpretação da legislação específica pelos tribunais sobre o tema. Também se avalia a dissolução da sociedade pela quebra da “affectio societatis”, e a continuidade da empresa após a alteração do quadro societário.

Palavras-chave: sociedade limitada, dissolução parcial, exclusão de sócio, retirada de sócio, “affectio societatis”.

**Abstract:** This article aims to address the possibility of withdrawal and exclusion of a member of the limited company, with a view to the interpretation of the specific legislation by the courts on the subject. The dissolution of the company is also evaluated by the breakdown of the “affectio societatis”, and the continuity of the company after the change in the corporate framework.

Keywords: private limited company, partial dissolution, exclusion of partner, withdrawal of partner, “affectio societatis”.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A possibilidade de exclusão do sócio no Código Civil. 3. Atos do minoritário que justificam a sua exclusão do quadro societário na limitada. 4. A ausência de “affectio societatis” na exclusão do sócio minoritário. 5. O direito de defesa do sócio a ser excluído. 6. Conclusão. 7. Referências.

### 1. Introdução

A possibilidade de exclusão do sócio minoritário pela maioria do capital social não é uma questão muito nova na doutrina e na jurisprudência pátria.

O artigo 339 do Código Comercial só admitia a exclusão forçada de sócio, com causa justificada, sendo que tal causa apenas poderia reconhecida mediante o procedimento judicial cabível. Assim, dispunha o mencionado dispositivo já revogado pelo Código Civil de 2002:

“Art. 339 - O sócio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até



o momento da despedida. No caso de haver lucros a esse tempo existentes, a sociedade tem direito de reter os fundos e interesses do sócio que se despedir, ou for despedido com causa justificada, até se liquidarem todas as negociações pendentes que houverem sido intentadas antes da despedida.”.

Deste modo, o Código Comercial apenas admitia a exclusão do sócio de sociedade limitada, como espécie de dissolução de sociedade, ou seja, decisão consensual de todos os sócios, ou ainda, pela despedida por causa justificada conforme o dispositivo descrito acima. Não sendo cabível que a maioria dos sócios pudesse deliberar sobre a causa que justificasse a despedida<sup>66</sup>.

Todavia, caso o contrato social previsse a possibilidade dos próprios sócios interessados decidissem sobre a existência ou não da justificativa, nessa hipótese seria possível tal deliberação, já que as próprias partes pactuaram previamente criando esse direito e estariam obrigadas ao pacto a que livremente aderiram.

Tal entendimento, inclusive, foi cristalizado pelo Pretório Excelso:

“... o entendimento dominante, na doutrina e na jurisprudência, é claro e uníssono no sentido de permitir que conste da cláusula do contrato o poder dos sócios de excluir um deles, não mais o é no reconhecer esse poder, quando não conferido pelas estipulações contratuais.”.

“Portanto, se inexistente autorização contratual para a exclusão do sócio, a exigência de que essa determinação seja condicionada à apreciação judicial, é sem dúvida razoável, mesmo porque, a dissidência obriga à solução em juízo, do mesmo modo que ocorre com a dissolução da sociedade, que será judicial, se há nolentes, e exclusão do sócio não é senão uma modalidade de dissolução parcial.”.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> “Algumas causas que justificavam a exclusão estavam expressas no Código Comercial (no próprio art. 336, 2º e 3º; no art. 335, 2º, 4º e 5º e no art. 289), mas não eram taxativas, admitindo-se, portanto, a exclusão do sócio com base no descumprimento dos deveres sociais, desde que, comprovadamente, implicassem prejuízos ou ameaças à consecução do fim social da empresa (art. 336, 1º c/c art. 339, ambos do CCo), observando-se que a referência à justa causa para a exclusão estava, na segunda parte do art. 339 do Código Comercial.”. (STJ, REsp nº 1.129.222, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/06/2011).

<sup>67</sup> STF; Recurso Extraordinário 109.203-3; Relator: Rafael Mayer; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 16/05/1986.

Esse era o entendimento que vigorava na jurisprudência. Entrementes, com o passar do tempo o princípio da preservação da empresa ganhou muita importância nos tribunais, o que acarretou na sua influência na legislação mais recente acerca do tema.

Com o passar do tempo, “foi-se ficando o entendimento de que a maioria do capital poderia excluir a minoria que compromettesse o andamento dos negócios sociais. Ao longo das décadas de 80 e 90, molda-se a corrente majoritária no Tribunal de Justiça de São Paulo – e também no STJ – tendendo a considerar o mero fim da ‘affectio societatis’ motivo suficiente para exclusão da minoria pela maioria e a possibilidade de exclusão, mesmo na ausência de cláusula autorizativa e de decisão judicial.”<sup>68</sup>

Por sua vez, a possibilidade do fim da “affectio societatis” ser motivo suficiente para excluir o sócio minoritário não tem sido tratado de maneira tranquila pela jurisprudência. Para compreender melhor essa possibilidade, antes é necessário abordar o que a atual legislação dispõe.

## **2. A possibilidade de exclusão do sócio minoritário no Código Civil**

Após a evolução da jurisprudência e doutrina sobre o tema, o Código Civil de 2002 previu com maior detalhamento o tema da exclusão de sócio. A seção sétima do capítulo referente à sociedade limitada trata sobre a resolução da sociedade em relação a sócios minoritários.

Frisa-se no tocante à exclusão de sócio, que “o título da rubrica do dispositivo que trata da matéria (CC, art. 1.085) indica que a resolução extrajudicial somente se dará em relação aos sócios minoritários. Isto porque, se os atos forem praticados por sócio (ou sócios) que representa metade ou maior parcela do capital social, inviável é a deliberação em reunião ou assembleia de sócios, restando aos minoritários valer-se da via judicial.”<sup>69</sup>

Dispõe o *caput* do art. 1.085 do Código Civil:

“Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.”

---

68 FORGIONI, Paula A., 2017, p. 131.

69 NEGRÃO, Ricardo, 2008, p. 24.

O *caput* do dispositivo evidencia que “a exclusão se realiza sem o consentimento do excluído e, em alguns casos, contra a sua própria vontade, visto que, apesar de entrar em colisão com os demais sócios, não tem o desejo imediato de despedir-se da sociedade. No cenário das sociedades limitadas, veio permitir o Código uma outra modalidade de exclusão extrajudicial (art. 1.085), consistente na possibilidade de a maioria social, representativa de mais da metade do capital, entender que um ou mais sócios minoritários estão colocando em risco a continuidade da empresa pela pessoa jurídica exercida, em razão de atos de inegável gravidade. Poderá essa maioria, mediante alteração do contrato social levada a registro, imprimir a resolução da sociedade em relação ao sócio ou sócios minoritários. Todavia, exige-se, para poder a exclusão assim se viabilizar, que no ato constitutivo conste previsão da possibilidade de expulsão, no plano extrajudicial, do sócio por justa causa.”<sup>70</sup>71.

Outrossim, o parágrafo único com a redação dada pela Lei nº 13.792 de 2019 afirma:

“Parágrafo único. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.”.

No tocante à sociedade limitada “que possui apenas dois sócios, a possibilidade de exclusão extrajudicial do sócio minoritário não constava de forma clara e expressa da redação original do parágrafo único do art. 1.085 do Código Civil, tendo sido acrescentada em alteração legislativa do início de 2019. A doutrina, porém, já admitia tal possibilidade, conforme demonstra o Enunciado 17 da I Jornada de Direito Comercial do CJP: “Na sociedade limitada com dois sócios, o sócio titular de mais da metade do capital social pode excluir extrajudicialmente o sócio minoritário desde que atendidas as exigências materiais e procedimentais previstas no art. 1.085, *caput* e parágrafo único, do CC.”<sup>72</sup>.

### **3. Atos do minoritário que justificam a sua exclusão do quadro societário na limitada**

---

70 CAMPINHO, Sérgio, 2018, p. 155.

71 Doutrina minoritária defende a possibilidade de exclusão extrajudicial de sócio minoritário, mesmo sem a previsão expressa no contrato social. EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, por exemplo, defende que “em determinadas circunstâncias, mesmo em falta de previsão estatutária específica, poderão os sócios em maioria, por Justa causa, decretar a exclusão ou eliminação do sócio faltoso”. (apud FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, São Paulo: Atlas, 2002, P. 49.)

72 CRUZ, André Santa, 2019. p. 437.

Inicialmente, sobre este caráter híbrido que diferencia as sociedades limitadas das demais sociedades ensina Modesto Carvalhosa<sup>73</sup>:

“As sociedades limitadas, de um lado, beneficiam-se da limitação da responsabilidade de seus sócios e da maior separação entre a pessoa do sócio e sua quota social, que resulta da vinculação do direito de voto à quota e não ao sócio, elementos estes trazidos das sociedades de capital. De outro lado, beneficiam-se da facilidade de organização e constituição, da possibilidade de impor restrições à livre cessão de quotas, da liberdade de escolha dos sócios a respeito das pessoas com quem desejam se associar e das causas pessoais de dissolução da sociedade, elementos estes tirados das sociedades de pessoas.”.

“É justamente esse caráter híbrido que distingue as sociedades limitadas e impede que sejam classificadas em um ou outro dos referidos grupos. Esse tipo societário, como já referido, é singular, guardando um particularismo próprio da posição intermediária que ocupa entre as sociedades de pessoas e as sociedades de capital.”.

E justamente por ter esse caráter híbrido, foi possível estabelecer regra própria para a exclusão do sócio minoritário extrajudicialmente. Conforme o descrito no artigo 1.085 do Código Civil, para que o sócio minoritário seja excluído pelos demais sócios, a gravidade de um ou mais atos por ele praticado deve ser capaz de colocar a continuidade da atividade empresarial em risco.

Contudo, esses mencionados “atos de inegável gravidade” constituem conceito jurídico indeterminado, pois a lei não traz qualquer exemplo sobre o que seria um ato de magnitude, mas prevê que eles devem colocar em “risco a continuidade da empresa”.

Pesquisando alguns casos se verificou algumas hipóteses em que o E. Tribunal de Justiça do Estado não reconhece a prática de ato de inegável gravidade. No julgamento da Apelação Cível 0021879-56.2012.8.26.0224 restou consignado que:

“Um dos fatos graves apontados pelos autores para justificar seu pedido de expulsão foi o não comparecimento do réu à sede da empresa para cumprimento de suas obrigações.”.

“Ora, como bem observado pelo Juízo a quo, tal fato sequer constitui efetivo dever assumido pelos sócios no contrato social. Ademais,

---

73 CARVALHOSA, Modesto, 2003, p. 36.

inexiste mínima prova de sua ocorrência nos autos, muito menos de eventuais repercussões negativas à sociedade dele advindas.”.

“Em relação à alegada falta de aporte de recursos para a sociedade por parte do réu, cumpre observar que na primeira reunião em que foi deliberada a injeção de capital na empresa, no valor de R\$ 70.000,00 para cada um dos sócios, todos estes afirmaram sua impossibilidade de concretizar a medida de imediato.”.

“Posteriormente, dois dos sócios noticiaram o aporte de recursos que lhes competia na sociedade. O requerido não o fez, mas se dispôs a vender suas quotas e a abater dos R\$ 70.000,00 por ele devidos a tal título um crédito que tinha perante a sociedade, decorrente de empréstimo.”.

“Como se não bastasse, o réu não foi o único sócio que deixou de contribuir com seus próprios recursos para a empresa naquele momento; outro sócio também deixou de fazê-lo, por impossibilidade econômica, e da mesma forma apresentou proposta de aporte de capital em termos diversos daqueles previamente acordados com os demais sócios.”.

“Nada impede os demais sócios de promover o aumento do capital social, diluindo a participação do réu. O que não se admite é que a recusa, ou melhor, a impossibilidade em injetar novos recursos na sociedade seja qualificada como comportamento grave e suficiente à exclusão do minoritário<sup>74</sup>.”.

Pelo trecho do acórdão transcrito é possível constatar que na análise feita pelo Poder Judiciário sobre o teor do ato de inegável gravidade, é observado o que dispõe o contrato social sobre essa possibilidade, bem como a prova que embasa a alegação de exclusão. Assim, como se aquele ato, por si só, arriscou de maneira verdadeira a continuidade da empresa.

No julgamento em destaque também restou consignado que a falta de aporte pelo sócio não configura ato que possa ensejar a sua exclusão, já que essa impossibilidade não impede que os demais sócios promovam o aumento do capital social, diluindo a participação daquele que não pode fazê-lo.

---

74 TJSP; Apelação Cível 0021879-56.2012.8.26.0224; Relator: Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 10ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2013; Data de Registro: 09/08/2013.

Por outro lado, na Apelação Cível nº 0191933-10.2010.8.26.0100 a C. 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a prática de falta grave no cumprimento das obrigações da sócia minoritária, por ter se afastado voluntariamente das atividades das empresas, sendo até tal fato mencionado na ata de assembleia geral extraordinária. Além disso, a sócia excluída em nenhum momento manifestou o seu desejo de permanecer na empresa, e a sua única reivindicação foi sobre os valores que lhe seriam devidos<sup>75</sup>.

Também no julgamento da Apelação Cível nº 0003395-93.2012.8.26.0320, restou caracterizados a ocorrência dos “atos de inegável gravidade” pela E. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, pois neste caso em conduta de imprudência do sócio minoritário, a empresa que é uma academia foi multada pelo Conselho Regional de Educação Física. Ademais, a auditoria contábil feita na sociedade, atestou que o sócio excluído realizou, sem justificativa, alguns saques da conta corrente da sociedade, bem como celebrou em nome da sociedade contrato de mútuo junto a instituições financeiras, entretanto os recursos foram apropriados pelo sócio, pois o montante não ingressou no caixa da pessoa jurídica<sup>76</sup>.

Deste modo, foram demonstradas algumas hipóteses de como o sócio coloca em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, sendo cruciais para tal análise as peculiaridades do caso concreto.

#### **4. A ausência de “affectio societatis” na exclusão do sócio minoritário**

Existe divergência na jurisprudência, e na doutrina especializada se a “affectio societatis” seria motivo suficiente para a exclusão, por si só.

Ao tratar das doutrinas clássicas sobre “affectio societatis” leciona Rubens Requião:

“Pelos doutrinas expostas, vemos que, efetivamente, a relação fraterna entre os sócios, a estima ou confiança recíproca, ideias que se encadeiam entre si, estabelecem uma constante nas sociedades mercantis, sem o que é impossível sua formação e existência. Com razão expressou-se Bonfante, condensando o tema, ao considerar a *societas* uma daquelas relações que exige uma vontade continuada, persistente, que produz efeito até quando esta vontade dura e cessa

75 TJSP; Apelação Cível 0191933-10.2010.8.26.0100; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/07/2013; Data de Registro: 26/07/2013.

76 TJSP; Apelação Cível 0003395-93.2012.8.26.0320; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Limeira - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2013; Data de Registro: 06/12/2013.

de produzi-la. O termo 'affectio societatis' ou 'animus societatis' indica a vontade de ser sócio, e exprime, para o romanista italiano, como viva e sentida fosse aquela natureza de relação e o caráter continuativo da voluntas (Corso di Diritto Romano, p. 132). Ao cessar a 'affectio societatis', extingue-se a sociedade. Diz Troplong que a 'união faz a força; mas a discórdia arruína as melhores empresas'.<sup>77</sup>

Por aqui se registra a importância inegável da "affectio societatis" na sociedade limitada, sendo apenas tratada não a sua relevância, mas sim a sua aplicação em uma situação excepcional, qual seja a exclusão do sócio minoritário.

No julgamento da Apelação Cível 0020847-58.2011.8.26.0577 a C. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que restando demonstrada a perda da "affectio societatis", de rigor a dissolução parcial da sociedade, pois "o desgaste da relação entre os sócios, com posições inconciliáveis, inclusive havendo divergência atinente ao valor de cotas sociais", impôs "inexoravelmente, a pretendida tutela jurisdicional para dissolução parcial de sociedade e apuração de haveres"<sup>78</sup>.

Esse raciocínio tem base que a sociedade limitada, não teria caráter híbrido como já apontado alhures pela abalizada doutrina do Professor Modesto Carvalhosa, e considera a limitada precipuamente uma sociedade de pessoas, em que não é possível obrigar os sócios a permanecerem associados.

Em contrapartida, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2220164-80.2014.8.26.0000 a E. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que a simples desarmonia entre os sócios ou eventual quebra da "affectio societatis" não é suficiente, por si só, para motivar a exclusão do sócio minoritário. Como restou lavrado:

"Evidente que a norma cogente do art. 1.085 do Código Civil não mais admite a previsão estatutária de exclusão imotivada do sócio, e nem judicial, se amparada na expressão indeterminada da ausência de 'affectio societatis', tal como admitia a jurisprudência no regime do velho Código Civil."

---

<sup>77</sup> REQUIÃO, Rubens, 1959, p. 40.

<sup>78</sup> TJSP; Apelação Cível 0020847-58.2011.8.26.0577; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São José dos Campos - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2013; Data de Registro: 14/05/2013.

“O desaparecimento da ‘affectio societatis’ constitui agora o efeito de ato objetivo e sério praticado pelo sócio excluído, de gravidade tal que coloque em risco a própria atividade empresarial.”.

“As razões e o procedimento a ser seguido para exclusão de sócio se encontram previstos nos artigos 1085 e supletivamente no art. 1030 do Código Civil, que não aludem à singela falta de ‘affectio’, mas, ao contrário, exigem atos de inegável gravidade do sócio excluído<sup>79</sup>.”.

Desta maneira, para esta parcela da jurisprudência paulista é equivocado excluir o sócio minoritário do quadro societário apenas baseando-se na quebra da “affectio societatis”.

Essa segunda posição é a que prevaleceu no C. Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do Recurso Especial nº 1.129.222 asseverou:

“Assim, a dissolução parcial da sociedade, fundada na perda da ‘affectio societatis’, no sistema do Código Comercial, poderia ocorrer por intermédio do exercício do direito de retirada ou pela exclusão de um dos sócios. Observe-se, contudo, que, na segunda hipótese, por se tratar de ato de extrema gravidade, exigia-se não apenas a alegação de rompimento da ‘affectio societatis’, mas a demonstração de uma justa causa, ou seja, de alguma violação grave dos deveres sociais, imputável ao sócio, que tenha acabado por gerar esse rompimento e, conseqüentemente, que justificasse a exclusão.”.

“Conforme o magistério de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e de Marcelo Vieira Von Adameck:”

“Na realidade, a quebra de ‘affectio societatis’ jamais pode ser considerada causa de exclusão. Pelo contrário, a quebra de ‘affectio societatis’ é, quando muito, consequência de determinado evento, e tal evento, sim, desde que configure quebra grave dos deveres sociais imputável ao excluendo, poderá, como ultima ratio, fundamentar o pedido de exclusão de sócio. Em todo caso, será indispensável demonstrar o motivo desta quebra da ‘affectio societatis’, e não apenas alegar a consequência, sem demonstrar sua origem e o inadimplemento de dever de sócio que aí possa estar. A quebra de ‘affectio societatis’, insista-se, não é causa de exclusão de sócio; o que

---

79 TJSP; Agravo de Instrumento 2220164-80.2014.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/02/2015; Data de Registro: 06/02/2015.



pode eventualmente justificar a exclusão de sócios é a violação dos deveres de lealdade e de colaboração” (Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social, in *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 155).”.

“Isso porque a exclusão do sócio funda-se, em última instância, na teoria do inadimplemento contratual. Com efeito, a doutrina de que trata do tema, em sua grande maioria, utiliza-se da lição do jurista italiano Arturo Dalmartello sobre a exclusão do sócio, para justificar sua aplicação no direito brasileiro, nos termos da qual “L’istituto della esclusione non è altro, nella sua essenza, se non l’istituto della risoluzione del contratto sinallagmatico per inadempimento, adatto al contratto plurilaterale di società commerciale<sup>80</sup>” (L’esclusione dei soci delle società commerciale. Padova: Cedam, 1939, p. 105).”<sup>81</sup>.

Após todos os argumentos trazidos pelo aresto do tribunal superior, pontua-se que em última forma a expulsão de sócio minoritário do quadro societário não pode ser medida de discricionariedade do sócio majoritário, ou ainda exercício de direito potestativo. Nessa linha, é o entendimento do Professor Fábio Ulhoa Coelho:

"(...) É importante destacar que a expulsão do sócio não é medida de discricionariedade da maioria societária (CC, arts. 1.004, parágrafo único, e 1.030). O sócio que cumpre a obrigação de integralizar a quota do capital social, nos prazos e pelos valores contratados, e observa o dever de lealdade não pode ser expulso. Não tendo o sócio ocorrido em ato culposo, não há fundamento para essa forma de rescisão do vínculo contratual. Se a maioria societária não quer mais continuar a sociedade com o minoritário cumpridor de seus deveres, resta-lhe apenas a via da rescisão negociada do contrato social.<sup>82</sup>".

Nesse sentido dispõe o Enunciado 67 da CEJ: “A quebra do “affectio societatis” não é causa para a exclusão do sócio minoritário, mas apenas para dissolução (parcial) da sociedade”. O que demonstra a preponderância desse entendimento hodiernamente.

---

<sup>80</sup> Apesar do acórdão não traduzir esse trecho em italiano, em uma tradução livre, é possível dizer que: “A instituição da exclusão nada mais é, em sua essência, se não a instituição da rescisão do contrato sinalagmático por descumprimento, do contrato plurilateral referente à empresa comercial”.

<sup>81</sup> STJ, REsp nº 1.129.222, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/06/2011.

<sup>82</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, 2006, p. 401.

Também se lembra de que o reconhecimento da quebra da "affectio societatis", junto com a culpa recíproca por violações ao contrato social, já ensejou a dissolução total da sociedade, conforme se verifica nas Apelações Cíveis nº 0002563-89.2013.8.26.0008 e nº 0007865-44.2010.8.26.0319, ambas decididas pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na análise do caso concreto, os magistrados não encontraram outra solução senão o fim da atividade empresarial. Contudo, é de se apontar que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência têm promovido o princípio da preservação da empresa, que tem como escopo superar momentos árdios a fim de manter a sua função social.

Nesse sentido, é o escólio do Professor Fábio Ulhoa Coelho:

"(.) no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; (...)"<sup>83</sup>.

Afinal, as empresas cumprem importante papel na economia brasileira e na busca por um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, garantir o desenvolvimento nacional.

## **5. O direito de defesa do sócio a ser excluído**

Conforme já mencionado anteriormente nas sociedades limitadas, é possível que os sócios que representem mais da metade do capital social deliberem acerca da exclusão do sócio minoritário, desde que ele pratique algum ato de inegável gravidade, coloque em risco a continuidade da empresa, devendo o contrato social conter essa previsão, nos termos do artigo 1.085 do Código Civil.

Desta maneira, a exclusão do sócio faltoso é possível pela deliberação da maioria, independentemente de decisão judicial, desde que haja cláusula permissiva expressa no contrato social.

Caso não tenha previsão no contrato social sobre cláusula nesse sentido, não podem os sócios, ainda que titulares da maioria absoluta do capital social, deliberar acerca da exclusão de sócio minoritário, mesmo tendo ele praticado atos de inegável gravidade.

---

<sup>83</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, 2008, p. 13.

Na hipótese de algum sócio praticar ato de inegável gravidade pondo em risco a continuidade da empresa, mas o contrato social for omissivo sobre a possibilidade de exclusão, a sociedade poderá pleitear a exclusão judicial de sócio, sob o fundamento de descumprimento de obrigação social.

Destarte, é necessário diferenciar a exclusão judicial, com fulcro no art. 1.030 do Código Civil, da exclusão extrajudicial do sócio minoritário previsto no art. 1.085 do Código Civil.

Na primeira basta a propositura da ação pertinente perante o Poder Judiciário. Já na segunda é necessária a prévia e regular notificação do sócio minoritário para que compareça em assembleia específica para este fim.

No caso da exclusão judicial, o sócio excluído não necessita ser minoritário. “Realmente, não parece razoável que o sócio majoritário, utilizando-se de sua participação no capital social, esteja imune e possa praticar atos graves e injustificáveis, sem se sujeitar à possibilidade de sanção prevista no artigo 1.030 do Código Civil. Portanto, para fins de apuração da maioria, deve-se excluir a participação do sócio que se quer excluir.”<sup>84</sup>.

Especificamente sobre a exclusão extrajudicial de sócio minoritário, o art. 1085 também a necessidade de se realizar “reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.”.

Destaca-se que no julgamento da Apelação Cível nº 1072430-36.2014.8.26.0100 a C. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo asseverou que:

“... a assembleia que exclui a autora sem a sua prévia e indispensável convocação padecia de nulidade insanável e era insuscetível de produzir efeitos. Como acima dito, a convocação é óbvio deve ser prévia, e jamais posterior à assembleia na qual se deliberará a exclusão de sócio por prática de ato grave que importe risco à atividade social.”<sup>85</sup>.

---

84 TJSP; Apelação Cível 0026023-81.2012.8.26.0577; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São José dos Campos - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2013; Data de Registro: 10/12/2013.

85 TJSP; Apelação Cível 1072430-36.2014.8.26.0100; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/10/2015; Data de Registro: 09/10/2015.

Nota-se que o contraditório deve ser efetivo, e não meramente formal, com a prévia cientificação obrigatória do sócio acusado e em tempo hábil para que sejam viabilizados tanto o seu comparecimento, como a sua defesa.

Ademais, na convocação deve ficar exposto qual foi o ato de inegável gravidade realizado pelo sócio que enseja a sua exclusão. Afinal, o sócio excluído deve ser acusado de forma justa, quer dizer: em sua convocação precisa restar clara a narrativa dos fatos por ele perpetrados, coerente quanto ao pedido de exclusão, além de estar juridicamente fundamentada.

A criação de procedimento mais rígido para aplicação de penalidade máxima ao sócio minoritário impede que os demais sócios o surpreendam, e não lhe oportunize apresentação de defesa.

Nesse sentido, tanto o comparecimento, como a apresentação de defesa em assembleia ou reunião, é uma garantia do sócio acusado, mas que não possui a obrigatoriedade de comparecer ao compromisso, podendo apresentar sua defesa formal escrita, ou ainda enviando representante de seus interesses devidamente constituído.

O artigo 5º da Constituição Federal afirma que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tal dispositivo, conforme o julgamento Recurso Extraordinário nº 201.819, deve ser estendido à defesa do sócio excluído. Como restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas poderes públicos, pois também estão direcionados à proteção dos particulares em face dos poderes privados. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Sendo assim, o espaço de autonomia privada conferido às associações está limitado pela observância aos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição”<sup>86</sup>.

A aplicação da Constituição deve ser abrangente, a fim de garantir a aplicação de direitos fundamentais.

---

<sup>86</sup> STF. Recurso Extraordinário nº 201.819. DJe: 27/10/2006.

Assim, no caso de exclusão de sócio, o seu direito de defesa do sócio pode ser exercido não só reunião de sócios convocada para tal fim, mas ele pode realizar todos os atos de seu interesse que não atentem à moralidade, à boa fé e à finalidade da sociedade empresária.

O sócio excluído, que regularmente convocado, deixar de comparecer e não apresentar defesa, caso não apresente motivo razoável para a sua omissão pode ser excluído. Nesse sentido:

“Agravado de instrumento. Exclusão de sócio. Antecipação para assegurar sua permanência que foi indeferida. Aparente débito perante a sociedade, consistente em contribuição dos quotistas. Por ora constam juntadas à origem comunicações da dívida, com advertência para a ausência de pagamento, e de exclusão que, pela inércia do sócio, se levaria a assembleia para a qual ele seria convocado e em que deveria apresentar defesa. Convocação depois havida, com a inclusão do afastamento na pauta. Autor que deixou de comparecer ao ato e de apresentar qualquer defesa. Deliberação assemblear por enquanto preservada. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2041097-19.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional III - Jabaquara - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/03/2018; Data de Registro: 27/03/2018)”.

Além disso, ao sócio excluído é assegurado pleitear em juízo, questão verificada na assembleia de exclusão que não se coaduna com a legislação societária. Isso com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal vigente, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por fim, salienta-se sobre a alteração feita ao parágrafo único do artigo 1.085 do Código Civil. Essa alteração teve o intuito de regular o caso das sociedades constituídas por apenas dois sócios

Antes era estabelecido que a exclusão de sócio minoritário apenas pudesse ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim. Entretanto, com a mudança legislativa, tal formalidade apenas se aplica às sociedades que tenham mais de três sócios.

Atualmente, as sociedades com apenas dois sócios não necessitam realizar qualquer reunião para excluir o sócio minoritário. Essa nova redação trata de forma mais célere a exclusão, nesse caso que engloba enorme parte das sociedades empresárias.

## 6. Conclusão

Na sistemática do Código Civil de 2002, a continuidade da atividade empresarial é a sua preservação se tornou a principal preocupação da jurisprudência e doutrina especializada. A exclusão de sócio de qualquer sócio pela via judicial, ou extrajudicial, do sócio, conforme previsão no contrato social conferiu maior liberdade contratual aos sócios, sendo excepcional a revisão daquilo do que foi decidido pela sociedade empresária que goza de autonomia no âmbito privado.

Por consequência, na exclusão do sócio minoritário extrajudicialmente cabe ao Poder Judiciário verificar os requisitos formais, e notar se foram seguidas todas as exigências legais.

Finalmente, assevera-se não ser possível excluir o sócio minoritário por quebra do "affectio societatis", sendo tal alegação considerada genérica e que não enseja medida excepcional, qual seja, a exclusão do sócio minoritário, sendo imperioso não só a demonstração de atos de inegável gravidade que coloquem em risco a continuidade da empresa.

Também não se olvida a necessidade de se oportunizar defesa plena ao sócio acusado, fornecendo meios para que possa não apenas contestar as alegações a ele imputadas, mas também influenciar os demais sócios para que compreendam a sua real situação.

## 7. Referências:

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil: Parte Especial: do Direito de Empresa**. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 2. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. São Paulo: Método, 2019.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio**. São Paulo: Atlas, 2002.

FORGIONI, Paula A. **Possibilidade de exclusão de sócio minoritário pelo fim da affectio societatis diante de previsão expressa no contrato social**. Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil, v. 4, n. 02, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito Empresarial Estudo Unificado**. São Paulo, Saraiva, 2008.

REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade pela exclusão de sócio**. Tese de Concurso para a Titularidade de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná. Curitiba, 1959.

STF. Recurso Extraordinário nº 201.819. Relatora: Ellen Gracie; Órgão Julgador: Segunda Turma; DJe: 27/10/2006.

STF; Recurso Extraordinário 109.203-3; Relator: Rafael Mayer; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 16/05/1986.

STJ, REsp nº 1.129.222, Relatora: Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 28/06/2011.

TJSP; Apelação Cível 0021879-56.2012.8.26.0224; Relator: Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 10ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2013; Data de Registro: 09/08/2013.

TJSP; Apelação Cível 0191933-10.2010.8.26.0100; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/07/2013; Data de Registro: 26/07/2013.

TJSP; Apelação Cível 0003395-93.2012.8.26.0320; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Limeira - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2013; Data de Registro: 06/12/2013.

TJSP; Apelação Cível 0020847-58.2011.8.26.0577; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São José dos Campos - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2013; Data de Registro: 14/05/2013.

TJSP; Agravo de Instrumento 2220164-80.2014.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/02/2015; Data de Registro: 06/02/2015.

TJSP; Apelação Cível 0026023-81.2012.8.26.0577; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São José dos Campos - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2013; Data de Registro: 10/12/2013.

TJSP; Apelação Cível 1072430-36.2014.8.26.0100; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/10/2015; Data de Registro: 09/10/2015.

## **O FORNECIMENTO E USO DE DADOS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, DEPENDEM DE ORDEM JUDICIAL?**

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia em Mato Grosso, atualmente lotado no cargo de Delegado de Polícia Adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças-MT. Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Civil de Mato Grosso. Ex-Assessor Institucional da Polícia Civil de Mato Grosso. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas, autor de artigos jurídicos, palestrante e professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

A Lei de Proteção de Dados, o direito à intimidade e à privacidade não podem servir de mantas protetoras aos investigados e fiscalizados eletronicamente pelos órgãos da segurança pública e nem servir de blindagem às atividades investigativas

A Resolução nº 412 de 23/08/2021 do Conselho Nacional de Justiça estabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de monitoramento eletrônico de pessoas.

Dentre os pontos a serem destacados, a Resolução afirma que os dados do monitoramento eletrônico poderão ser utilizados como meio de prova para apuração penal e estando, de qualquer forma, abrangidos pelo direito previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal e legislação de proteção de dados pessoais, assim como o compartilhamento de dados (dados cadastrais, informações, trajetos) dependerá de autorização judicial, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

A Resolução contempla ainda que, em situações excepcionais em que configurado iminente risco à vida, os órgãos de segurança pública poderão requisitar diretamente à Central de Monitoramento Eletrônico a localização em tempo real da pessoa monitorada, hipótese em que o controle judicial do compartilhamento dos dados será realizado posteriormente.

Vejam os art. 13, da Resolução nº 412 de 23/08/2021 do Conselho Nacional de Justiça:

“Art. 13. Os dados coletados durante o acompanhamento das medidas de monitoramento eletrônico possuem finalidade específica,



relacionada ao cumprimento das condições estabelecidas judicialmente, podendo ser utilizados como meio de prova para apuração penal e estando, de qualquer forma, abrangidos pelo direito previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal e legislação de proteção de dados pessoais.

§ 1º Os sistemas de registro de informações do monitoramento eletrônico serão estruturados de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada, da pessoa em situação de violência doméstica e familiar e de terceiros.

§ 2º O compartilhamento dos dados, inclusive com instituições de segurança pública, dependerá de autorização judicial, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

§ 3º Nas situações excepcionais em que configurado iminente risco à vida, os órgãos de segurança pública poderão requisitar diretamente à Central de Monitoramento Eletrônico a localização em tempo real da pessoa monitorada, hipótese em que o controle judicial do compartilhamento dos dados será realizado posteriormente.

§ 4º Nas hipóteses do parágrafo anterior, o compartilhamento de dados realizado nas circunstâncias excepcionais será formalmente registrado, com informação sobre a data e o horário do tratamento, a identidade do servidor que obteve e do que concedeu o acesso ao dado, a justificativa apresentada, bem como quais os dados tratados, a fim de permitir o controle, além de eventual auditoria.

§ 5º As informações mencionadas no parágrafo anterior serão encaminhadas pela Central de Monitoramento Eletrônico ao juízo competente em até 24 (vinte e quatro) horas após o compartilhamento.

§ 6º Nos casos de incidentes específicos ocorridos no âmbito de medidas protetivas de urgência, a Central de Monitoramento Eletrônico poderá acionar preventivamente órgãos de segurança pública e compartilhar dados relativos à identificação e localização da pessoa monitorada, nos termos do Protocolo anexo à presente Resolução”.

Afinal, é cediço que os investigados possuem direitos e garantias, mas a grande reflexão que não pode passar despercebida: o tornozelado fiscalizado eletronicamente pelo Estado teria em seu favor o direito à intimidade e à privacidade estritamente ligada ao monitoramento eletrônico, inclusive dos órgãos de fiscalização para fins de investigação criminal?

Vale lembrar que, na grande maioria dos casos essas pessoas monitoradas eletronicamente, foram presas em flagrante delito num contexto, mas tiveram à concessão de liberdade ou a revogação da prisão, em ambos casos, com fixação de medida cautelar diversa da prisão, consistente no monitoramento eletrônico.

Não podemos olvidar que, presos mesmo de dentro do sistema prisional, mormente os monitorados eletronicamente que estão na rua, continuam a perpetrar crimes.

Com isso surge o questionamento natural: essa interpretação de eventual existência de direito à intimidade e à privacidade estritamente ligada ao monitoramento eletrônico poderia constituir uma manta para salvaguardar empreitadas criminosas e blindar pessoas alvos de investigações criminais num primeiro momento, criando uma autorização judicial prévia como barreira de acesso de dados e informações importantes?

Invocar a Lei de Proteção de Dados nos “próprios considerados” da indigitada Resolução não iria na contramão da “mens legis” lá atrás que institui a medida cautelar de monitoramento eletrônico no Código de Processo Penal?

A medida de monitoramento eletrônico veio justamente para evitar a prisão cautelar – que cederia espaço para uma fiscalização eletrônica mais incisiva e legitimamente invasiva na vida do monitorado.

De qualquer forma, a própria Lei Geral de Proteção de Dados exclui a sua incidência, em relação aos órgãos de segurança pública e as atividades de investigação e repressão de infrações penais. Aliás, a lei nesse ponto assegura que não se aplica a Lei Geral de Proteção de Dados à segurança pública e as atividades de investigação e repressão de infrações penais. Analisemos o inteiro teor do art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados:

**“Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:**

I – realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II – realizado para fins exclusivamente:

1. a) jornalístico e artísticos; ou
2. b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

### **III – realizado para fins exclusivos de:**

1. **a) segurança pública;**
2. b) defesa nacional;
3. c) segurança do Estado; ou
4. **d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou”**

Nesse contraponto, a Resolução nº 412 de 23/08/2021 do Conselho Nacional de Justiça poderia invadir as atribuições constitucionais inerentes ao Poder Legislativo (art. 2º, da CF/88) e sobrepor à uma lei federal (de densidade maior) legitimamente e democraticamente produzida pelo poder competente (Congresso Nacional)?

Outro ponto inquietante que sobrevém desta Resolução em análise: poderia uma Resolução (índole administrativa) fixar cláusula de reserva de jurisdição por meio de ato normativo alheio à lei e Constituição Federal?

Lembremos que em regra, apenas lei e a Constituição Federal podem constituírem cláusula de reserva de jurisdição.

Não é demais lembrar também, que numa ponderação o direito coletivo e fundamental à segurança pública, em regra, deve sobrepor aos direitos individuais (direito à intimidade e à privacidade), mormente sendo uma pessoa sob fiscalização do Estado que está sendo beneficiada por uma medida menos drástica do monitoramento eletrônico (tornozelamento eletrônico), que não deixa de ser legalmente e legitimamente invasiva.

### **DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em arremate, a Resolução em voga que invoca a Lei de Proteção de Dados, o direito à intimidade e à privacidade não pode servir de manta protetora aos investigados e fiscalizados eletronicamente pelos órgãos da segurança pública e nem servir de blindagem às atividades investigativas.

Afinal, numa ponderação dos direitos em jogo, o direito coletivo e fundamental à segurança pública, em regra, deve sobrepor aos direitos individuais (direito à intimidade e à privacidade).

A Resolução nº 412 de 23/08/2021 do Conselho Nacional de Justiça não pode invadir as atribuições constitucionais inerentes ao Poder Legislativo (art. 2º, da CF/88) e sobrepor à uma lei federal (de densidade maior) legitimamente e democraticamente produzida pelo poder competente (Congresso Nacional).

Por derradeiro, lembremos que em regra, apenas lei e a Constituição Federal podem constituir cláusula de reserva de jurisdição.

### **Referências bibliográficas:**

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Publicado no DOU de 15.8.2018, e republicado parcialmente em 15.8.2018 – Edição extra. 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 set. 2020.

\_\_\_\_\_. O QUE MUDA COM A LGPD. SERPRO. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd>>. Acesso em: 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor. SENADO FEDERAL. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>>. Acesso em: 20 set. 2020.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. (2020). Reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados em Sede das Investigações Criminais. *Revista Eletrônica Direito & TI*, 1(13), 7. Recuperado de <https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/85>.

## **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: IMPORTÂNCIA NO PROCESSO PENAL COMO MEIO DE PROVA**

**KAMILA PEREIRA MARTINS:**  
pós-graduada em Direito  
Tributário pela Atame-GO.

**RESUMO:** O presente estudo pretende examinar a evolução dos meios de prova no processo penal em relação ao crescimento da sociedade e a consequente modernização dos meios tecnológicos, para posteriormente serem distinguidos os conceitos envolvidos à interceptação das comunicações telefônicas que são: a escuta e a gravação telefônica. Foi analisado o cabimento da prova e a modalidade de prova ilícita, as hipóteses de seu cabimento e ainda quando da ocorrência da sua derivação. Por fim, foi analisada minuciosamente a Lei 9.296/96, os princípios norteadores desta modalidade de prova e de investigação criminal, visto ser extremamente evasivos navida privada do cidadão, por isso devem ser observados imprescindivelmente todos os procedimentos exigidos, visto a sua importância e grande atuação nos crimes de grande repercussão e periculosidade.

Palavras-chave: histórico das provas no processo penal. provas ilícitas. interceptação das comunicações telefônicas.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1.1. CONCEITOS. 2. PROVAS NO PROCESSO PENAL. 2.1 ESTADO COMO LIMITADOR DE PROVAS ILÍCITAS. 2.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. 2.3 PROVAS ILÍCITAS. 3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. 3.1 NATUREZA JURÍDICA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. 3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI 9.296/96. 3.3 PROVA EMPRESTADA. 3.4 A IMPORTÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E PROVAS ILÍCITAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### **INTRODUÇÃO**

O objetivo deste trabalho é partir do histórico do processo penal, da diferenciação de conceitos que envolvem ou sejam parecidos com a interceptação das comunicações telefônicas prevista na Lei 9.296/96 e, posteriormente entender a interceptação telefônica como meio de prova e de investigação criminal desde a evolução do processo penal; das provas e das provas ilícitas, sob a ótica de alguns princípios constitucionais e processuais, como a reserva legal, motivação da decisão, proporcionalidade, excepcionalidade, contraditório, não auto-incriminação, entre outros, será analisado também o art. 5º, LVI e XII.

A relevância do tema está principalmente ligada ao direito à intimidade, a importância que esse meio de prova tem dentro do direito processual penal e as suas

consequências, visto ser normalmente utilizada para investigar crimes de grande complexidade e repercussão na sociedade.

O interesse por este tema partiu da sua grande utilização nos processos penais brasileiros mesmo violando tantos direitos fundamentais e, a importância da correta aplicação dos procedimentos quando utilizado o método para que não decorra da ilegalidade uma absolvição por falta de provas e deixando em pune criminosos de grande periculosidade.

Para tanto, a abordagem metodológica utilizada será dedutiva, analisando o proposto por autores na área para maior compreensão do tema e por fim ser oportunizada uma conclusão coesa.

Com base na descrição do tema, historicamente e tendo em vista o Direito comparado, pretende-se realizar uma abordagem legal, doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista demonstrar a problemática que envolve os reflexos da utilização deste meio de prova e de investigação criminal.

## **1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

Nos primórdios, os meios de provas eram obtidos com forte influência da igreja, e se objetivava apenas a verdade formal, utilizando como instrumentos, a confissão por meio da tortura, através apenas de testemunhas, e até mesmo por meio dos indícios e provas materiais deixadas.

Passadas algumas gerações, o Direito como um todo foi ganhando forma, inclusive o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Já no Direito Romano, como dito por Mittermaier (1997, p. 18): "vemos que os imperadores traçam em suas Constituições algumas regras de prova", desde àquela época se percebe uma pequena preocupação com as provas do processo.

Posteriormente ao período pós-industrial, a sociedade e a justiça têm enfrentado problemas para a proteção dos seus bens jurídicos tutelados. Em virtude das transformações nas cidades e cultura delineou-se a chamada "sociedade de risco", pois com o surgimento da tecnologia e globalização, foi sendo exigido pela sociedade uma maior segurança e estabilidade, porque os Estados passaram a não deter o total controle das relações pessoais e mercantis.

Jorge Sebastião Filho acrescenta:

O surgimento de novos riscos e por consequência, o aparecimento de uma nova criminalidade internacional organizada resulta na configuração de uma "sociedade de medo", ou seja, diante do

desconhecimento e da imprevisibilidade do risco, a insegurança passa a integrar o cotidiano do indivíduo que busca no direito penal – *prima ratio* – a real solução para esta instabilidade, considerando que para ele as outras instâncias de proteção, como a ética social, do direito civil e o direito administrativo se encontram em descrédito, pois estariam fadadas ao insucesso. (Sebastião Filho, 2012, p. 23)

Desde algum tempo atrás se percebe cada vez mais acelerado o Estado expandindo sua competência para não apenas utilizar-se do direito penal como meio repressivo em última instância do direito, mas também para a prevenção de um possível dano, criando, assim, novas leis especiais, como também agravando os já existentes.

Algumas dessas novas leis especiais criadas são normas de perigo abstrato, “no qual a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não se tenha chegado a cometer nenhum crime”. (Capez, 2011, p. 286)

Sobre as consequências desse novo tipo de crime, acrescenta Hassemer:

A consequência da utilização da via de criminalizar o perigo abstrato significa um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade, pois esta fica condicionada unicamente à prova da conduta praticada, não exigindo a determinação da vítima, nem mesmo a ocorrência do dano e nem tampouco a existência de nexo causal entre a ação e o suposto dano gerado. (Hassemer, 2007, p. 199)

Um dos principais princípios do direito penal é o princípio da Intervenção Mínima do Estado, este apregoa que o direito penal deverá ser evocado apenas em última análise, visto ser a área mais evasiva e agressiva do Direito, neste sentido Capez preleciona:

Pressupõe, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo à ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana e outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*última ratio*). (Capez, 2011, p. 39)

Em decorrência dessa nova tendência estatal de criação de leis penais abstratas, verifica-se a flexibilização de alguns dos princípios norteadores do Direito Penal, em vista do “*desespero*” de controle da insegurança e instabilidade do Estado, que a cada década só aumenta.

Diante da crescente modernização dos meios de comunicação e tecnologias, o processo penal pôde buscar e aliar-se a tais instrumentos para a obtenção de provas mais cabíveis e contundentes à investigação criminal e instrução processual penal. Um exemplo disso foi a possibilidade de realização de interceptações telefônicas, desde que devidamente autorizadas e fundamentas as decisões para a realização de tal procedimento.

Desde o início se tem uma preocupação para que este mecanismo não seja utilizado de forma impensada e generalizada, e que seja um método de última instância, assim prevista na Constituição de 1988:

Art. 5. (...)

XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

E, ainda, o art. 155 do Código de Processo Penal também possibilita a utilização deste meio de prova, vejamos:

Art. 155. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

“São as provas cautelares – aí incluídas, dentre outras, as interceptações telefônicas, cuja colheita, por razões óbvias, não se compatibiliza com o princípio do contraditório em seu viés participativo”. (CASTRO, 2010, p. 38)

O Direito Penal e o Direito Processual Penal estão intimamente ligados, vez que havendo mudanças e alterações no Direito Penal, o Direito Processual Penal, por ser o instrumento de concretização daquele, necessitou de mudanças, passando a utilizar-se, com mais frequência, dos mecanismos invasivos de obtenção de provas, como por exemplo, a interceptação telefônica, em virtude da natureza dos delitos.



## 1.1 CONCEITOS

A Constituição anterior à atual não abria nenhuma ressalva quanto à inviolabilidade das comunicações telefônicas, mas a Constituição de 1988 em seu art. 5º, XII relativiza esse direito fundamental, como podemos perceber:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, o último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Porém essa norma constitucional tem eficácia limitada, necessitando, portanto, de uma lei específica para regulamentar a matéria e, a partir de então, produzir todos os seus efeitos. Oito anos após a Constituição de 1988 foi criada a Lei 9.296/96, tratando especificamente das interceptações das comunicações telefônicas.

Grinover (1980, p. 63) comenta e conceitua com maestria a interceptação telefônica:

Embora etimologicamente, interceptar (de 'inter' e 'capio') tenha o sentido de deter na passagem e, conseqüentemente, de impedir que alguma coisa chegue ao seu destino, entende a doutrina, por interceptação telefônica, a escuta direta e secreta das mensagens, captando-se a conversa no momento mesmo em que se desenvolve, sem o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores”.

A doutrina e a jurisprudência têm diferenciado escuta telefônica, interceptação telefônica e gravação de conversa. Escuta telefônica seria a intervenção de um terceiro onde um dos dois interlocutores tem o conhecimento sobre a prática que está se realizando no momento da conversa. Interceptação telefônica é a intervenção de um terceiro na captação do diálogo, sem que necessariamente nenhum dos participantes tenha ciência da realização da técnica utilizada. A gravação telefônica ocorre quando um dos interlocutores grava conversa telefônica por conta própria, sem a ciência do outro.

É o que se pode extrair de Habeas Corpus de São Paulo:

A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. A escuta é a captação de conversa telefônica

feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. (HC 161053/SP)

Para a realização da técnica de obtenção de prova através de interceptação telefônica, e que sejam consideradas totalmente válidas e lícitas, devem ser obedecidos os critérios e requisitos exigidos pela Lei 9.296/96, extraídos dos artigos 1º e 2º, sendo eles:

- a) Para prova em investigação criminal e em instrução processual penal;
- b) Ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça;
- c) Deve haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- d) Ser o único meio de obtenção da prova;
- e) O fato investigado deverá ser punido, no mínimo, por reclusão.

Sem a observância de qualquer um dos requisitos acima exposto, poderá a interceptação ser considerada ilícita e ainda ser considerado crime com pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, de reclusão, segundo o que dispõe o art. 10 da Lei 9.296/96.

A gravação de conversa feita por um dos interlocutores não constitui crime, nem é considerada prova ilícita, deste modo Raimundo Castro assevera:

Em decorrência do princípio da proporcionalidade, a doutrina tem reconhecido unanimemente a conduta da pessoa que grava sua conversa telefônica com terceiro para demonstrar sua própria inocência, ou prova ilícita *pro reo*.

Quando a prova, aparentemente ilícita, for acolhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. (CASTRO, 2010, p. 141)

A interceptação telefônica tem sido amplamente utilizada, cabendo ao julgador, portanto, observar as regras e requisitos exigidos na Lei e Constituição, concernentes ao tema, para que sejam evitadas violações do direito à intimidade e sigilo das comunicações para casos em que não são necessárias tal técnica.

## 2. PROVAS NO PROCESSO PENAL

As provas são o meio de buscar a verdade e de se reconhecer o direito; o processo é o mecanismo, o procedimento que possibilita as provas chegarem ao conhecimento do juiz e, este, através do seu convencimento tomar a decisão mais justa, mais condizente com o Direito.

A prova passa por vários momentos, desde o seu primeiro contato com o processo, até a sua valoração. Nos dizeres de Brichetti (1973, p. 12) “a prova judicial é o processo demonstrativo, onde faz chegar ao conhecimento do juiz a conexão entre os fatos e seus elementos, até o momento da produção do ânimo da certeza.”

A prova tem apenas o condão de demonstrar aquilo que se tem dúvida, não sendo necessária a sua utilização nos fatos notórios e evidentes. Afirma Tourinho Filho (p. 370-371) que o objeto da prova são todos os “fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação”.

Além do que, o artigo 6º, inciso III, do Código de Processo Penal preconiza:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

III- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Deste artigo se depreende a importância da prova desde o primeiro momento em que algum crime é levado ao poder público, e o quão imprescindível é o seu papel. A partir das provas colhidas pela autoridade judicial é que a máquina judiciária efetivamente será impulsionada ao processamento do processo judicial penal, todo o processo está voltado para as provas, se elas não existem ou são duvidáveis o processo certamente extinguirá.

Extrai-se, ainda, que o processo penal admite todos os meios de prova para que sejam esclarecidas as dúvidas do processo, desde que elas não sejam ilícitas, ou ainda que não tenham sido derivadas da ilicitude.

O art. 157 do Código de Processo Penal assevera: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”. É importante a análise deste artigo, pois é a partir dele que sabemos quem terá o ônus da prova. Notável, portanto, que todos dentro do processo estarão envolvidos com a prova, na medida em

que a acusação deve demonstrar a veracidade do que é imputado ao acusado, e este deve provar os elementos alegados em sua defesa, como as causas atenuantes, causas de diminuição de pena, excludente de ilicitude, culpabilidade e da punibilidade.

Obtendo para si o ônus probante não significa que existe uma obrigação de efetivamente levar em juízo a prova de que se pretende alegar, portanto, o ônus é uma faculdade da parte e não uma obrigação. Nesse sentido Capez (1998, p. 243) explica dizendo que “a principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Na obrigação, a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo”.

## 2.1 ESTADO COMO LIMITADOR DE PROVAS ILÍCITAS

Prova ilícita é a prova que para sua obtenção o agente viola o direito processual e/ou material.

Após inúmeros registros de arbitrariedade e conflitos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, os Estados começaram a incorporar em seus textos normativos fundamentos que garantem maior respeito e dignidade às pessoas, apesar de que ainda muitos países têm resistência e deficiência de mecanismos para efetivamente garantir que esses direitos sejam preservados (Raimundo Castro, 2010).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, revela ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, e, tem como um de seus fundamentos norteadores, a dignidade da pessoa humana.

Raimundo Castro (2010, p. 69) enfatiza que:

(...) O objetivo do Estado de Direito é garantir um ambiente de paz social, com segurança jurídica, que é a certeza de que há previsão legal a orientar as ações estatais e individuais. A dignidade da pessoa humana é intangível e exige respeito e proteção do Poder Público. É ainda, princípio conformador e informador de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Ser um Estado Democrático de Direito, portanto, quer dizer que a administração, a justiça e toda estrutura estatal, bem como seus cidadãos devem seguir e realizar suas ações de acordo com o previsto em lei ou mesmo não ir de encontro com a mesma, observando-se o princípio da reserva legal.

Como bem salienta Raimundo Castro (2010, p. 69) “Constatou-se que o princípio da reserva legal, isoladamente, era incapaz de conferir aos cidadãos segurança

jurídica, embasada no respeito à sua personalidade”. A este princípio devem ser atrelados alguns outros, como a moralidade e eficiência, para que arbitrariedades de provas ilícitas colocadas dentro do processo sejam evitadas, visto que as mesmas favorecem atos imorais. Portanto, os cidadãos devem previamente conhecer e ter ciência do que é lícito e o que não é, para uma melhor possibilidade de discussão dentro do processo, minimizando, assim, ações não condizentes como direito e a moral.

Outro ponto que limita a arbitrariedade quanto as provas ilícitas é a organização dos poderes. A separação dos poderes organizada por Montesquieu possibilita a fiscalização e cooperação dos poderes, garantindo uma maior segurança quanto à aplicabilidade das normas jurídicas, consequentemente inviabilizando a utilização de provas ilícitas dentro do processo penal.

O devido processo legal, garantia constitucional, tem por objetivo a não condenação e imposição de deveres aos cidadãos sem que tenha havido antes um processo com investigação, análise e julgamento, com observância do contraditório e ampla defesa e, ainda, admitidos procedimentos e provas somente que tenham sucedido na lei e, se durante o processo houver alguma falha ou defeito, deverá ser arguido a qualquer tempo a sua nulidade, para a retificação do ato.

No mesmo sentido Raimundo Castro (2010, p. 77-78) afirma que:

A cláusula constitucional do *due processo of law* – que se destina a garantir à pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

## 2.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

O direito à vida e à intimidade acaba por desembocar no direito à dignidade da pessoa humana, direito este cada vez mais discutido e valorizado.

Esses direitos fundamentais estão consagrados no art. 5º, X, CF/88 que diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Há dentre esses direitos, certo grau de complexidade, sendo o direito à vida privada o mais genérico, abrangendo em si os demais direitos relacionados. O direito à intimidade é um pouco mais específico sendo restrito somente às pessoas mais próximas do indivíduo e, ainda, existe o direito ao sigilo, que é compartilhado com alguém de sua estrita confiança, este por sua vez trata-se do íntimo e da personalidade de cada um e, quando violado pode trazer sérias complicações de caráter pessoal e emocional ao indivíduo.

Porém, esses direitos não são absolutos e podem sofrer restrições, como pontua Raimundo Castro (2010, p. 82):

(...) observa-se que o direito de intimidade pode sofrer intromissões do poder público em duas vertente: a primeira, de autoridade pública, decorrente do poder de polícia ou de atividade judiciária; a segunda, já não sofre interferências de autoridade, mas de outros indivíduos, advindo do progresso tecnológico.

As intromissões feitas pelo poder de polícia e decorrente da autoridade judiciária devem ter consigo motivo idôneo e apenas ser utilizado como último método, devendo ser imprescindível para a investigação e colheita de provas.

A cada instante a tecnologia evolui, nos trazendo mais conforto e comodidade, e à medida que ela evolui nos tornamos mais intensamente dependentes dela sendo, portanto, inegável a sua importância hodiernamente.

Por outro lado, com tamanho avanço tecnológico, o direito à vida privada e íntima se limita e é fragilizada em decorrência dos diversos meios de sua utilização para sua violação, como por exemplo, as redes sociais e aplicativos de bate papo online.

Existem em nosso sistema jurídico penal crimes contra a honra, previstos nos artigos 138 à 145 do Código Penal Brasileiro, que servem para punir àqueles que violam a honra, intimidade e vida privada dos cidadãos e os levam ao constrangimento e depreciação de sua imagem. Estes crimes punem, de modo genérico aqueles que caluniam, injuriam e difamam pessoas e, ainda, aqueles que propagam de alguma forma as informações recebidas.

Muitas vezes esses crimes são praticados por meio da tecnologia, o que facilita grandemente a sua impunidade, gerando forte obstáculo para a justiça efetivamente resguardar os direitos fundamentais da vida particular do cidadão.

### 2.3 PROVAS ILÍCITAS

Toda a polêmica envolvendo prova ilícita só tem razão de ser graças aos direitos fundamentais, pois normalmente a prova obtida por meio ilícito viola algum ou alguns dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, mas como dissemos acima, esses mesmos direitos garantidos a todos nós não são absolutos, e não deveria ser de toda maneira.

Isso porque, as investigações cada vez mais dificultadas pelas novas tecnologias e meios de burlas às antigas técnicas de investigações, obrigam e levam o sistema ao aperfeiçoamento dos métodos, não obstante violam esses direitos inerentes aos indivíduos, mas necessária para garantir a pacificação e segurança social, causando um bem maior para toda a sociedade.

Aparentemente nasce um conflito de normas entre os direitos fundamentais inerentes aos cidadãos e a obrigação de punir do Estado. Mas na realidade não existe tal conflito, porque são utilizados métodos e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade, para o descobrimento de qual norma deve ser aplicada em detrimento da outra.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI declara a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos dentro do processo, antes de 2008 as provas ilícitas no processo legal eram consideradas inadmissíveis graças ao texto constitucional, mas Pietro Nuvolone distinguia a prova ilegítima, porque viola o direito processual e gera nulidade, da prova ilícita, que viola direito material, sendo inadmissível, devendo ser desentranhada e inutilizada.

Lopes Júnior (2009, p. 263) também explica a diferença entre prova ilícita e prova ilegítima, com maestria, vejamos:

Prova ilegítima é quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Ex: juntada fora do prazo prova unilateralmente produzida (como são as declarações escritas e sem contraditório), etc.

Prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a esse (fora do processo). Nesse caso, explica Maria Thereza Moura, embora servindo de forma imediata, também a interesses processuais, é

vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal, etc.).

Com o advento da lei 11.690/08, inserindo o artigo 157 no Código de Processo Penal, a prova ilícita foi conceituada como aquela obtida com violação a normas constitucionais e legais, dissipando a ideia de Pietro Nuvolone e demais doutrinadores quanto à distinção de prova ilícita e ilegítima.

A doutrina, por sua vez, lê e entende o artigo 157 à luz da definição de Nuvolone, para eles não houve inovação quanto ao conteúdo, mas este preceito inovou no sentido de determinar o desentranhamento das provas ilícitas, assim consideradas.

Há, porém, hipóteses em que se admitem as provas ilícitas, como para serem usadas para absolvição do réu, o agente não é condenado pelo crime cometido na produção da prova ilícita, pois está abarcado por causa excludente da antijuridicidade. Hipótese esta sustentada por Eugênio Pacelli.

Existe, ainda, a admissibilidade da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade, que pode ser usada para a condenação do réu. Necessário será a observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequada é a ação que é capaz de estimular a obtenção do resultado pretendido; a necessidade daquela ação utilizada e a verificação se não há outra que produza resultado de igual intensidade e viole menos os direitos fundamentais e a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de valores entre os objetos de discussão.

O princípio da proporcionalidade tem importante papel dentro deste tema, à medida que é através dele que existe a possibilidade de harmonizar os conflitos aparentemente existentes. Ele não está explicitamente demonstrado na Constituição Federal, mas nos dizeres de Raimundo Castro (2010, pag. 120): “está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LVI)”. O Supremo Tribunal Federal já se utiliza deste princípio como parâmetro de controle de constitucionalidade. E evidentemente é utilizado em todas as esferas do poder judiciário, para sopesar ao caso concreto quanto à utilização ou não da prova ilícita quando explícito a injustiça, caso não utilizada.

A prova ilícita é de extrema prejudicialidade ao processo, vez que pode contaminar as provas dela decorrente, é o que se extrai da teoria dos frutos da árvore



envenenada. Mesmo que a prova derivada seja formalmente lícita poderá ser considerada ilícita, quando esta somente for descoberta a partir da primeira prova que foi obtida ilicitamente, esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal ( Raimundo Castro, 2010).

Exemplo disso ocorre quando diante de uma confissão mediante tortura se descobre onde está o objeto procurado, graças a essa informação é requerido um mandado de busca e apreensão, e encontrado o objeto. É clara a derivação da prova ilícita neste caso, uma vez que apesar de para entrar no local e encontrar o objeto havia um mandado e estar o procedimento formalmente correto, esta informação decorreu de uma prova ilícita, portanto devem as duas provas serem desentranhadas e inutilizadas no processo.

É o que se extrai dos parágrafos do artigo 157 do Código de Processo

Penal:

(...)

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, sofrendo algumas limitações, como a limitação do nexo causal atenuado. Esta ocorre quando o nexo entre a prova lícita e a prova ilícita é tão tênue, em razão das circunstâncias de tempo; espaço; ou à força determinante, que não serve como base para inutilização da prova derivada.

A descoberta inevitável também é um limitador à teoria da prova ilícita derivada e, acontece quando a primeira prova é ilícita e graças a esta é encontrada a segunda, mas quando se analisam os métodos típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal se percebe que a prova seria descoberta de qualquer forma e não há motivo razoável para ser inutilizada nessas circunstâncias.

Teoria da fonte independente admite a permanência da prova independente à prova ilícita, aquela que não tem nenhum nexos causal e que deve permanecer para instruir o processo.

Muito comum é a utilização da interceptação telefônica de forma ilícita e praticada com inobservância à Lei 9.296/96, e como qualquer prova do processo penal quando mal utilizada não servirá para instruir o processo penal e, ainda, poderá contaminar todas as provas dela decorrentes com a possível consequência de arquivamento do processo por falta de provas.

### 3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃOAUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio *nemo tenetur se degenere*, consiste em garantir ao sujeito o direito de não se autoincriminar, não atuar de forma positiva para obtenção ou comprovação de uma prova em seu desfavor, neste sentido Jorge Filho (2012, p. 48):

*o nemo tenetur se degenere protege, prima facie o acusado de ter que praticar qualquer conduta que implique um comportamento ativo na produção probatória em seu desfavor, ou seja, quando a produção da prova exige por parte do acusado um grau de atuação positiva.*

Nesse mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal têm entendido e decidido, interpretando o princípio *nemo tenetur se degenere* de uma forma abrangente e não só na garantia do direito do acusado de permanecer calado, mas abarcando o direito de não se sujeitar ao fornecimento de padrões de voz ou escrita, ou sua participação em simulação dos fatos (Jorge Filho, 2012).

A interceptação telefônica nas investigações criminais em muito se assemelham às provas orais obtidas no processo, como a confissão e o interrogatório, onde o próprio acusado fornece as informações ao interlocutor, porém com invasão à privacidade e à intimidade, visto que o sujeito não sabe que está sendo ouvido por indivíduos alheios ao diálogo.

Todos ao falar com pessoas de confiança mediante o uso de seus aparelhos telefônicos, normalmente são espontâneas e acabam por se autoincriminar sem a consciência disso.

Segundo Jorge Filho (2012, p. 47): "a consagração do princípio da não autoincriminação se dá no direito processual brasileiro através do reconhecimento do direito ao silêncio conferido ao acusado, conforme disposto no art. 5º, LXIII, CF/88."

Porém, se analisarmos estes dois princípios e seus conceitos podemos concluir que o princípio da não autoincriminação é o gênero e o direito ao silêncio a espécie, visto que a não autoincriminação é o direito à não produção de provas contra si, que pode ser através de seu interrogatório, mas também pode ser mediante documentos que estão em sua posse e a confissão é apenas um desses meios.

O princípio *nemo tenetur se degenere*, não deve ser encarado como absoluto para que não leve à consagração da impunidade, devendo, portanto, ser flexibilizado para a possibilidade do Estado intervir em alguns casos de forma um pouco mais evasiva que o convencional a fim de que cumpra seu dever de investigar e punir. Para que ocorra tal flexibilização deste princípio deve a lei dispor sobre os procedimentos a serem tomados e ser levado em conta o critério da proporcionalidade em cada caso específico.

As interceptações telefônicas em sua grande maioria das vezes são realizadas em investigações criminais, onde não se exige a garantia do direito do contraditório e ampla defesa, e devem ser realizadas sob sigilo, conforme dispõe o artigo 8º da Lei 9.296/96:

A interceptação da comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, **preservando-se o sigilo das diligências**, gravações e transcrições respectivas. Grifamos.

Diante disto, temos que não há infração ou omissão quanto ao princípio *nemo tenetur se degenere*, uma vez que as interceptações das comunicações telefônicas são regulamentadas por Lei e autorizadas pela Constituição Federal.

Destaca Jorge Filho (2012, p. 61) que:

obter-se a prova da infração penal através de interceptações telefônicas é legalmente possível, porém, diante da violação do direito à intimidade e privacidade, deve o acusado ser cientificado de que, na qualidade de investigado, pode ter direitos legalmente violados.

Esta cientificação deve ser geral, indicando que o indivíduo passa a ser suspeito e investigado de uma persecução criminal realizada por órgãos oficiais da justiça.

### 3.1 NATUREZA JURÍDICA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

As interceptações telefônicas sem dúvida alguma servem para colher provas a fim de instruir a investigação e o processo penal, mas a sua obtenção é feita através de medida cautelar, portanto, sua natureza jurídica é de medida cautelar de caráter probatório.

Há bastante discussão na doutrina, segundo Jorge Filho (2012), acerca da existência de processo cautelar autônomo ou medida cautelar no processo penal, porém para análise das interceptações telefônicas, mais correta será a utilização do termo "medida cautelar probatória".

Dentro do Código de Processo Penal em lugar algum se faz referência direta e específica a esse tipo de obtenção de prova, mas é muito bem posto e analisado o procedimento da busca e apreensão, e a sua natureza jurídica é de medida cautelar probatória.

Após uma breve análise de ambos os institutos, se percebe a grande semelhança existente entre a busca domiciliar e a interceptação telefônica, já que confrontam o direito à intimidade e à vida privada e por esse motivo a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XI e XII exige nos dois casos a decisão fundamentada do juiz da causa principal.

A exigência do *fumus comissi delicti*, se faz presente no artigo 2º, I, da Lei 9.296/96, quando afirma necessária a existência de "indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal", e o *periculum libertatis* é encontrado no artigo 4º da referida lei quando diz que no pedido "conterá a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal." Desta forma, é necessária a demonstração do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Como bem salienta Lopes Junior (2010, p. 189):

Sustenta-se o requisito do *fumus comissi delicti* na existência de um crime e de indícios suficientes de autoria, enquanto que o *periculum libertatis*, fundamento para decretação do provimento cautelar, encontra respaldo não no tempo (demora) entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim, na situação de perigo criada pela conduta do imputado (perigo de fuga, destruição de provas).

Requisitos esses que são essenciais na medida cautelar e que são exigidos pela Lei 9.296/96, nos levando à certeza que esta é a natureza jurídica da interceptação da comunicação telefônica.

No mesmo sentido a Resolução 59 do CNJ tratou as interceptações de comunicações telefônicas como “medida cautelar sigilosa”, demonstrando o reconhecimento dessa classificação no âmbito prático.

Em decorrência dessa classificação concluímos que as interceptações telefônicas devem respeitar os requisitos, consequências e cabimentos das medidas cautelares probatórias. Importante, portanto, a análise do artigo 155 do Código de Processo Penal:

o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**. Grifamos

As provas colhidas na instrução criminal por si só não servem de fundamento para condenação, visto não ser obrigatória a observação do contraditório e ampla defesa, mas o artigo supra citado faz uma ressalva, nos casos das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ora, se as interceptações das comunicações telefônicas têm natureza jurídica de medida cautelar, como acima demonstrado, então a prova obtida através delas poderão ser utilizadas para fundamentação da condenação.

### 3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI 9.296/96

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XII, possibilitou a violação do sigilo das comunicações telefônicas, mas delegou à lei ordinária a regulamentação deste dispositivo, por isso foi criada a Lei 9.296/96.

Já no artigo 1º da Lei o legislador explicita as hipóteses de cabimento em que deverão ser aplicados os procedimentos da Lei, que são: a interceptação de comunicações telefônicas, abarcando também as escutas telefônicas e a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O artigo 2º trata da admissibilidade deste meio de obtenção de prova e só autoriza a aplicação do procedimento em crimes cujo regime seja de reclusão e que seja utilizado em casos excepcionais, apenas quando a prova não puder ser obtida por meios menos gravosos; e ainda deverá ser indicado os meios empregados no procedimento.

O parágrafo único do artigo 2º esclarece a necessidade da descrição da situação do objeto da investigação, indicação e qualificação dos investigados. Esta é uma exigência para garantir a excepcionalidade do ato e evitar arbitrariedades.

A interceptação telefônica poderá ser requerida de ofício pelo juiz, pelo Ministério Público no curso da ação penal, ou pela autoridade policial na investigação criminal.

A decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, com prazo para execução de 15 dias, prorrogável por igual período de tempo. A autoridade policial executará a ordem, sempre dando ciência ao Ministério Público, que acompanhará o feito.

Caso haja possibilidade de gravação, a transcrição será necessária, cumprida a diligência deverá a autoridade policial encaminhar o resultado da interceptação juntamente com o auto circunstanciado com o resumo das operações realizadas.

A interceptação deverá ser realizada em autos apartados e apensado ao principal. A gravação que não interessar ao processo deverá ser retirada e inutilizada do processo, a requerimento do Ministério Público ou parte interessada.

### 3.3 PROVA EMPRESTADA

A Constituição claramente diferenciou o processo civil e penal quando permitiu a interceptação telefônica apenas no âmbito do processo penal. Nesse caso, não será permitida a existência do instituto “prova emprestada” do processo penal para outro processo não criminal.

Desta forma, Antônio Fernandes (1997, p. 54) pontua dizendo:

A área de atuação da lei é exclusivamente criminal, sendo possível à interceptação na fase de investigação policial e durante a instrução processual. Não pode a prova obtida ser, por isso mesmo, utilizada em processo não criminal como prova emprestada. Será, contudo, cabível seu uso em outro processo criminal em relação ao mesmo réu, porque não haverá ofensa ao princípio do contraditório.

Portanto, a prova obtida através de interceptação telefônica em instrução ou processo criminal não poderá ser retirada dos autos para instrução de processo de

natureza não criminal, mas poderá ser empresta caso seja para instruir processo criminal com o mesmo réu.

### 3.4 A IMPORTÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E PROVAS ILÍCITAS

As interceptações das comunicações telefônicas, como qualquer outra prova, se obtida com vício ocorrido durante o procedimento deverá ser considerado ilícito e, portanto, desentranhado e inutilizado do processo, de acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 e o artigo 157 do Código de Processo Penal.

É crescente e visível o aumento de organizações criminosas em nosso país, que cada vez mais se servem de aparatos tecnológicos acima do que as polícias possuem, e a população clamam por mais segurança. Não devemos descartar nenhum meio de contenção à criminalidade, seja opressiva ou preventiva como, por exemplo, a interceptação de comunicações telefônicas.

Neste sentido, Raimundo Castro (2010, p. 160) alerta:

É gravíssima a atuação do crime organizado no Brasil, narcotraficantes têm poderes de vida e de morte sobre populações indefesas, a indústria dos sequestros aterroriza, a exploração de menores facilitam as atividades dessas organizações, e os chamados *crimes do colarinho branco*, que juntamente com o narcotráfico, formam uma rede internacional, onde se transferem vultosas cifras através da *lavagem de dinheiro*.

A necessidade de uma maior qualificação e cuidado ao realizar esse procedimento que é tão específico e importante é tremenda, uma vez que na maiorias crimes de maior complexidade, como o das organizações criminosas, o único meio de obter provas é por intermédio das interceptações, de qualquer espécie. E, caso haja alguma ilegalidade ou inobservância do procedimento a prova será desentranhada do processo ou do inquérito policial, dando oportunidade à impunidade dos criminosos de maior periculosidade.

## CONCLUSÃO

O presente estudo partiu de uma análise histórica do processo penal e seus meios de prova, constatou-se que com a evolução do Estado para Estado Democrático de Direito a política passou a ser obrigada, graças às necessidades e medos da sociedade, a dever obediência ao direito e melhor regulamentar as falhas existentes.

Um dos institutos que têm despertado bastante atenção e têm ganhado autonomia são as provas, uma vez que o processo penal existe para o julgamento mais justo e ético do cidadão que tenha cometido fato considerado criminoso. As provas são o instrumento que as partes têm para provar suas alegações e tentar convencer o juiz disso.

As provas podem ser as mais diversas possíveis, desde que não atentem contra a dignidade da pessoa humana, moralidade e demais princípios fundamentais constitucionais e orientadores do Direito.

A persecução penal é limitada, devendo respeitar os princípios e direitos fundamentais dos indivíduos, que são considerados valores mais importantes que o castigo do autor do delito. A prova ilícita é a violação do direito material, enquanto que a prova ilegítima é a violação do direito processual. A realização da interceptação telefônica sem autorização judicial é prova ilícita e, por outro lado, a sua realização com autorização judicial, mas que não esteja em conformidade com alguma parte da lei será considerada prova ilegítima, daí a importância do estudo e diferenciação de provas.

O direito à intimidade e ao sigilo das comunicações telefônicas são a regra, mas não são absolutos uma vez que a própria Constituição Federal no artigo 5, inciso XII autoriza a violação desses direitos se atendidos todos os requisitos exigidos. A Lei 9.296/96, por sua vez regulamentou esta possibilidade que a Constituição Federal previu.

Diante das discussões acerca da admissibilidade da prova ilícita foi acrescentado ao Código de Processo Penal o artigo 157 e seus parágrafos com as hipóteses em que seria admitido tal tipo de prova.

Pretendeu-se com esse trabalho esclarecer e demonstrar a importância da interceptação de comunicações telefônicas, uma vez que sua utilização na grande maioria das vezes é feita para combater e provar crimes de organizações criminosas de grande periculosidade, pois elas se aperfeiçoam de instrumentos cada vez mais tecnológicos e que dificilmente a polícia utilizando-se de métodos antigos e clássicos conseguiriam encontrar e captar.

A importância deste método de busca à prova não está apenas na sua utilização, mas também no correto procedimento, pois se considerada ilícita poderá ser desentranhado do processo e caso não haja outra prova cabal para a instrução do processo poderá o acusado ser absolvido por falta de provas, o que de nada valeria o esforço do Estado para repelir a criminalidade e garantir a segurança da sociedade.

## REFERÊNCIAS



BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: senado, 1988.

BRASIL. **Lei ordinária n.º 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996.

BRICHETTI, Giovanni. **La evidencia em el Derecho Procesal Penal**. Tradução:Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1973.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume I, parte geral**. 15ª edição. São Paulo, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2. Ed. Atual. E ampl. São Paulo:Saraiva, 1998.

CASTRO, Raimundo Amorim. **Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações telefônicas**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões, Provas Ilícitas e Reforma Pontual**. PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FILHO, Jorge Sebastião. **Interceptação Telefônica: Como Medida Cautelar Probatória nos Delitos Econômicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas Ilícitas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. XVI, jun. 1980.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve;coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional**. 4. Ed., ver. E atual., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I.

MITTERMAIER C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Vertida para o francês por C.A. Alexandre e traduzida para o português por Herbert Wuntzel Heirinch. Campinas: Bookseller, 1997.

## O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PREVISTO NA LEI 11.101/05

JÉSSICA LUCIANO DE ALMEIDA

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade abordar a temática da Recuperação Judicial prevista na Lei de Falências (Lei 11.101/05), bem como as alterações recentes trazidas pela Lei 14.112/20 e suas consequências para a prática empresarial.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE HISTÓRICO DA ORIGEM DA LEI DE FALÊNCIAS. 2.1 O desenvolvimento do Direito Falimentar no Brasil. 3. PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEI DE FALÊNCIAS. 4. O INSTITUTO DA FALÊNCIA. 4.1 Pressupostos para a Decretação da Falência. 4.2 Sujeito Ativo legitimado para pedir a Decretação de Falência. 4.3 Do Foro Competente para conhecimento do pedido de Decretação De Falência. 4.4 Aspectos Finais do Instituto Da Falência. 5. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 5.1 Pressupostos para o pedido de Recuperação Judicial. 5.2 Deferimento do Processamento e o Plano de Recuperação Judicial. 5.3 Da Recuperação Judicial e seu Encerramento. 5.4 Sujeito Ativo legitimado para pedir a Recuperação Judicial. 5.5 Do Foro Competente para conhecimento do pedido de Recuperação Judicial. 6. ALTERAÇÕES IMPORTANTES TRAZIDAS PELA LEI 14.112/20. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar ao leitor o Instituto Falimentar e se aprofundar no Instituto da Recuperação Judicial, ambos Institutos previstos na Lei de Falências (Lei 11.101/05), de modo que se possa, após a leitura do referido artigo, entender a origem da Lei, a razão de sua existência e entender as mudanças ocorridas na Lei ao longo do tempo.

Este artigo visa ainda facilitar o entendimento das previsões empresariais em contrapartida com o desenvolvimento econômico atual, da mesma maneira que visa facilitar ao leitor, o entendimento de aspectos basilares do Direito Empresarial, tais como: conceitos, entendimentos doutrinários e procedimentos previstos em Lei para a Decretação de Falências Empresariais; Autofalência e Recuperação Judicial das Empresas, apresentando, por fim, as alterações recentes trazidas pela Lei 14.112/20 nos referidos Institutos.

De tal modo que, por fim, o leitor do presente artigo possa entender como as mudanças socioeconômicas e adventos não previstos pelo homem, como uma pandemia ocasionada pelo vírus Sars-Cov2 (Covid-19), podem impactar diretamente os dispositivos normativos de um modo geral, em específico, no caso em estudo, no Direito Empresarial, tendo em vista que as empresas são atividades que se regem com autonomia de acordo

com as alterações de mercado e, por esta razão, podem vir a sofrer impactos em decorrência da economia, que sofrem com as oscilações do mercado financeiro.

## **2. BREVE HISTÓRICO DA ORIGEM DA LEI DE FALÊNCIAS**

A Lei Falimentar, atualmente conhecida como a Lei 11.101/05, com recentes alterações trazidas pela Lei 14.112/20, teve sua origem dada a necessidade social da regulamentação das relações negociais e empresariais já existentes na sociedade brasileira.

Houve um tempo, especificamente na Roma Antiga, em que os devedores pagavam suas dívidas com sua própria liberdade ou com a própria vida, os devedores, tornavam-se, verdadeiros escravos de seus credores, como forma de lhes pagar pelo que deviam.

Após um longo período de escravização, no ano de 428 A.C (Antes de Cristo), surgiu na Roma Antiga o Instituto da *Lex Poetelia Papiria*, que se tratava de um conjunto de leis romanas que, finalmente proibia a escravização dos devedores, e, principalmente proibia a morte dos insolventes por inadimplemento das dívidas, alterando profundamente o sistema de cobrança de dívidas.

A partir de então, surgiu o embrião das relações hoje amplamente difundidas na sociedade ocidental como um todo.

O pagamento de dívidas passou a ser cobrada com a transferência do patrimônio daquele que deve (devedor), para aquele que detém o crédito a ser cobrado (credor) e não mais com a privação da liberdade ou morte do insolvente.

Cumpramos destacar outra forma de cobrança de dívidas que existiu na Era Justiniana, onde governava em Roma, o Imperador Justiniano I, prevalecendo um sistema arcaico de se cobrar dívidas do insolvente, consagrada de *Missio in possessio bonorum*.

No referido sistema, os credores, detentores do *Animus Solvendi* (interesse em ter sua dívida solvida), adquiriam a posse dos bens do devedor, bens estes que passavam a ser administrados por um curador; no entanto, os credores possuíam ampla liberdade para vender os bens dos devedores, quando e como queriam, ainda que a venda ultrapassasse o valor inicial da dívida, tratando-se ainda de um sistema arbitrário de adimplemento de dívidas.

No entanto, referido sistema, apesar de ser o embrião do sistema que hoje conhecemos no Direito Empresarial e nas relações privadas como um todo, eram muito mais repressivas, e, por vezes, os credores saldavam suas dívidas em montante muito superior àquela que os devedores deviam originariamente.

Referido início do sistema falimentar que conhecemos hoje, tinha por finalidade a repressão e a punição dos devedores, muito diferente do que a doutrina brasileira tenta implementar hoje, que é a solução mais favorável aos credores e aos devedores, com base no Princípio da Preservação das Empresas (de modo a não extinguir com a prática empreendedora) e com base no Princípio da Máxima Satisfação Possível dos Credores (de modo que os credores possam receber o máximo que a empresa falida ou em fase pré-falimentar puder pagar).

Durante a Era Napoleônica, onde governava Napoleão Bonaparte na França, houve outra profunda transformação que impactou o direito privado como um todo: a implementação do *Code de Commerce* (Leis que regiam o Direito Comercial de maior expressividade), essas leis passaram a reger o direito falimentar, separando-as de vez das normais aplicáveis às relações puramente privadas.

A partir do desenvolvimento econômico, cultural e das alterações naturais decorrentes do convívio em sociedade, despontou outra conotação às relações negociais, e ao direito falimentar, passando o devedor a não ser visto como um ser passível de sofrer punição e retaliação, tendo em vista que com o fomento das relações negociais, foi se entendendo que a insolvência, fazia parte dos negócios, sendo, por vezes, inevitável, dadas às mudanças naturais que ocorrem em sociedades com desenvolvimento econômico, e que por vezes, passam por crises econômicas.

Outro advento a ser lembrado, foram as Revoluções Industriais e a Globalização, que aceleraram de vez as relações comerciais, mercantis e negociais como um todo.

Tais mudanças sociais trouxeram o entendimento à sociedade de que tentar manter as indústrias e empresas em pleno funcionamento era melhor para a economia do que simplesmente excluí-las do meio empresarial, haja vista o entendimento de que a Recuperação dessas Empresas era mais saudável para a manutenção das sociedades do que as quebras e falências das Empresas, que geram desempregos e inadimplência total por parte dos credores.

Diante dessa mudança de pensamento no lapso temporal da história, foi que o Direito Falimentar passou a ter como princípios norteadores: O Princípio da Preservação das Empresas; O Incentivo à Livre Iniciativa e à Ampla Concorrência, devendo a Decretação da Falência ser medida de última instância, primando-se pela tentativa de Recuperação Judicial ou Extrajudicial das Empresas.

## 2.1 O desenvolvimento do Direito Falimentar no Brasil

No Brasil não foi diferente, como cediço, o Brasil foi colonizado pelos portugueses, e até a Proclamação de sua Independência, passou por diversos governos imperiais.

Em meados dos anos de 1.800, as Ordenações Filipinas que regiam as leis brasileiras e eram influenciadas diretamente pelas Leis Italianas influíram diretamente no modo como o devedor era visto pela sociedade brasileira da época, que tinha por princípio a rigidez punitiva aplicada aos insolventes.

Somente após a Proclamação da Independência é que se determinou a observância da chamada Lei da Boa Razão, que obrigava o Brasil a aplicar subsidiariamente as leis dos países europeus, considerados mais civilizados, desta feita, os princípios do Código Comercial francês foram incorporados às normas brasileiras vigentes na época.

Somente com o reinado de Dom João e com a abertura dos portos para as relações mercantis para outras nações é que houve profunda mudança no direito falimentar embrionário brasileiro.

Em 1850 foi promulgada a Lei 556, o Código Comercial, em atenção especial voltada ao Comércio, que finalmente tratava das “quebras” comerciais, o princípio brasileiro do direito falimentar.

No mesmo ano foi regulado o processo falimentar por meio do Regulamento 738/1850. Após inúmeras mudanças legislativas, implementações e alterações de dispositivos que vigoravam, e, somente após o impacto da Globalização sentida pelo Brasil, é que houve a necessidade de finalmente implementar uma verdadeira Lei de Falências que funcionasse e fosse mais protecionista e atenta aos direitos das Empresas.

Foi durante o mandato do Presidente Itamar Franco, em 2005, que foi sancionada a Lei 11.101/05, amplamente conhecida hoje como a Lei de Falências.

Tópico sensível a ser estudado foram as alterações trazidas pela Lei 14.112/20, por advento da Pandemia ocasionada pelo vírus Sars-Cov2 (Covid-19) em 2020 até os dias atuais, tendo como consequência no âmbito econômico: milhões de pessoas desempregadas e milhares de empresas em crise.

Segundo apontamentos feitos pelo Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às micro e pequenas empresas), no cenário de Pandemia: Pelo menos 600 (seiscentas) mil micros e pequenas empresas fecharam as portas e cerca de 9 (nove) milhões de pessoas foram demitidas em razão da crise econômico-financeira.

### **3. PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEI DE FALÊNCIAS**

Os princípios que regem o Direito Falimentar são heranças advindas das transformações da sociedade ocidental e de todo o desenvolvimento Europeu pós Revoluções Industriais e Globalização, prevalecendo como Princípios Básicos Democráticos:

**O Incentivo à Livre Iniciativa:** Significa que o Brasil adota o entendimento da Não Interferência Estatal na abertura de Empresas.

**O Incentivo à Livre Concorrência e a Lealdade nas Concorrências:** Reforça o entendimento de que o Brasil adota o entendimento do incentivo à abertura de Empresas e do livre mercado e, por consequência, da Lealdade nas Concorrências, devendo ser evitadas práticas de Concorrência Desleal.

**O Incentivo à Preservação das Empresas:** Garante o estímulo para que as Empresas insolventes não decretem Autofalência, e sim, tentem Recuperação Judicial, de maneira a fomentar a economia.

**A Maximização dos Ativos:** Reflete que caso uma Empresa tenha sua Falência Decretada, terá o incentivo de ser administrada por outra pessoa jurídica, mantendo seus ativos ao máximo, sem sofrerem perdas significativas dos seus ativos, a não ser que seja medida extrema necessidade para o adimplemento dos credores.

Conquanto no presente artigo deva ser tecido comentário crítico quanto ao Incentivo à Livre Iniciativa e a Ampla Concorrência, haja vista a burocracia ainda enfrentada no Brasil no processo de abertura de Empresas, e a alta carga de tributação que as mesmas devem pagar para se manterem em funcionamento, ainda havendo resquícios de Interferência Estatal nas Empresas.

Apesar disso, o Princípio da Livre Iniciativa e da Ampla Concorrência são amplamente recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e deve haver esforço comum da sociedade para que assim prevaleça, como forma de garantir a auto regulação das Empresas.

#### **4.0 INSTITUTO DA FALÊNCIA**

A Falência é um processo de execução coletiva, em que todos os bens do falido são arrecadados para uma venda judicial forçada, com a distribuição proporcional do resultado entre todos os credores, de acordo com uma classificação legal dos créditos.

De modo a facilitar a cobrança dos devedores por parte dos credores, a legislação determina que todos os credores se reúnam em um único processo, com base no *Princípio da Par Condicio Creditorum*. princípio este que determina como todos os

credores devem ter tratamento isonômico, de modo a evitar a adimplimento somente de um, ou de alguns dos credores.

Desta feita, conforme aduz o artigo 75 da Lei de Falências: A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa; Permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia, e fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

Foram acrescentados os incisos I, II e III no Artigo 75 na Lei 11.101/05, acima supramencionados, tendo sido acrescentados pela Lei 14.112/20, que mais uma vez ao incrementar os referidos dispositivos na Lei Falimentar buscou reforçar o incentivo ao empreendedorismo no Brasil, com a finalidade de evitar mais quebras e falências, decorrentes da pandemia.

Significando, na prática, que ao ser decretada judicialmente a Falência, o principal objetivo não é o de excluir o credor ou credores insolventes do ramo empresarial e, sim, de manter a empresa ativa, por meio da administração de seus ativos por um administrador judicial e o afastamento do credor, de forma que a mesma possa ser reestabelecida e continue a fomentar o mercado e o capital de giro, de modo a resguardar ainda os bens e ativos passíveis de serem vendidos para adimplimento dos credores.

#### **4.1 Pressupostos para a Decretação da Falência**

Prevê a Lei de Falências em seu Artigo 2.º que a referida Lei não se aplica a Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista; Instituições Financeiras Públicas ou Privadas, Cooperativas de crédito; Consórcio; Entidade de Previdência Complementar; Sociedade Operadora de Plano de Assistência à Saúde; Sociedade Seguradora; Sociedade de Capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

A Doutrina entende que existem 3 (três) pressupostos para a ocorrência da Decretação da Falência da Empresa Devedora:

- **Pressuposto material subjetivo:** Existência de um Devedor Empresário.

Devedor Empresário, conforme dispõe o Artigo 966 do Código Civil, é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços.

Dispõe ainda o artigo 1.º da Lei 11.101/05 que a referida Lei disciplina a Recuperação Judicial; a Recuperação Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária, doravante **referidos simplesmente como devedor**.

Deste entendimento, fica claro que as normas da Lei de Falências não são aplicáveis aos devedores civis que não possuam a característica de devedores empresários, portanto, devem se submeter, quando caracterizada a sua insolvência, ao concurso de credores, previsto no Código de Processo Civil e não às normas da Lei Falimentar.

Por último, insta lembrar que a Lei Falimentar não abrange os profissionais liberais, tendo em vista que os profissionais liberais não se caracterizam como empresários, não podendo, portanto, requerer a Recuperação Judicial, tampouco, ter a Falência Decretada.

- **Pressuposto material objetivo:** Existência de Insolvência (Jurídica ou Presumida)

A Insolvência pode ser real quando conforme disposição do artigo 94, inciso I, da Lei de Falências, o credor, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

Tal medida do legislador em estipular um *quantum* mínimo de 40 salários mínimos, foi entendido pela Doutrina como uma medida de se evitar pedidos de Decretação de Falência por parte de credores que queriam ter suas dívidas pagas, mesmo sendo de pouca monta.

Devendo os credores, neste caso, se valerem das Ações de Cobrança, de acordo com as disposições do Código de Processo Civil.

Poderá ser efetuado ainda o pedido de Decretação de Falência quando, conforme determina o artigo 94 em seu inciso II, o devedor executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal, ou seja, quando houver a execução frustrada, tratando-se de Insolvência por Execução Frustrada.

Por último, poderá ser efetuado o pedido de Decretação de Falência quando, conforme estipula o artigo 94 em seu inciso III, o devedor pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de Plano de Recuperação Judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da



totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Na última hipótese apresentada pelo inciso III do artigo 94 da Lei de Falências, estamos diante de hipóteses em que o devedor age de forma que a Insolvência se torna presumida.

- **Pressuposto formal:** Existência de uma Sentença Declaratória de Falência:

Neste caso, temos a formalização da Decretação da Falência da Empresa, por meio da Sentença Judicial proferida pelo juízo.

#### 4.2 Sujeito Ativo legitimado para pedir a Decretação de Falência

Conforme disposição do artigo 97 da Lei 11.101/05 são sujeitos ativos legitimados para pedirem a Decretação de Falência da Empresa: O próprio devedor, **neste caso estaremos diante do pedido de Autofalência**; O cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou inventariante; O cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade e qualquer credor.

#### 4.3 Do Foro Competente para conhecimento do pedido de Decretação De Falência

O foro competente para julgar e processar o pedido de Decretação de Falência é o foro local principal de funcionamento daquele estabelecimento, ainda que não seja a matriz, basta que seja o principal local de funcionamento da Empresa, ainda que se trate de uma filial.

#### 4.4 Aspectos Finais do Instituto Da Falência

Cumprido salientar que as Empresas que infringem a Lei Falimentar e não se registram devidamente podem vir a sofrer com os efeitos da Decretação de Falência, no entanto, não podem se beneficiar do pedido de Recuperação Judicial, uma vez que, ainda que exerçam atividade empresarial, não estão devidamente registradas, não estão recolhendo os devidos encargos trabalhistas, previdenciários e tributários, tendo como medida sancionatória, a possibilidade de ser Decretada Falida, sem direito

a realizar o pedido de Recuperação Judicial. Como cediço, o presente artigo visa estudar e apresentar ao leitor o Instituto da Recuperação Judicial, no entanto, como a Recuperação Judicial ou Extrajudicial a ser homologada em juízo fazem parte do assunto abrangente da Falência, cumpre situar o leitor do que se trata o pedido de Decretação de Falência, qual o procedimento e quem pode solicitá-lo.

Neste íterim, para adentrarmos no próximo tópico, como vimos no artigo 94, inciso III, alínea g, uma das hipóteses que podem levar o Devedor a ter decretada a sua Falência por Insolvência Presumida é quando o Devedor não cumpre com o Plano de Recuperação Judicial conforme obrigação assumida pelo próprio insolvente.

## **5. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A Recuperação Judicial é um Instituto que possibilita à Empresa Devedora demonstrar ao Poder Judiciário que está passando por uma crise econômico-financeira, de modo que necessita de um tempo para se reerguer e ter suspensas as suas cobranças devidas aos credores, por um período de tempo.

O referido Instituto visa a preservação da Empresa, da sua fonte produtora, dos empregos, da sua função social, dos interesses dos credores e do estímulo à atividade econômica.

A Recuperação Judicial deverá ser pedida antes do pedido de Decretação de Falência por Terceiros, ou de Autofalência, quando se tratar de pedido próprio da Empresa Devedora.

O pedido de Recuperação Judicial poderá ser solicitado ainda durante a Contestação da Ação que pede a Decretação de Falência, como forma de tese defensiva, desde que demonstre que realmente possui condições de ter a Recuperação Judicial cumprida.

Cumpre destacar que o pedido de Recuperação Judicial, em nenhuma hipótese, será cabível após a Empresa ter sua Falência Decretada.

Conforme aduz o artigo 6º da Lei Falimentar, a Decretação da Falência ou o Deferimento do Processamento da Recuperação judicial implicam: Na suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime da referida Lei; Na suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à Recuperação Judicial ou à Falência; Na proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à Recuperação judicial ou à Falência.

Insta reforçar o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 581, STJ - A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.

### **5.1 Pressupostos para o pedido de Recuperação Judicial**

A Empresa Devedora sabe quando está passando por uma crise econômica em suas atividades: perda de clientes, redução do faturamento, déficit no caixa, etc.

Desta feita, a Empresa que observa que não está mais possuindo condições, naquele momento, de gerir sua empresa sem entrar em estado de insolvência total, poderá realizar o pedido ao judiciário para ter decretada sua Recuperação Judicial.

A Empresa deverá demonstrar que exerce atividade de Empresa, por via documental, por mais de 2 (dois) anos, assim como apresentar documentos que demonstrem a crise econômico-financeira pela qual esteja passando, conforme disposição do artigo 51, inciso I da Lei Falimentar, devendo demonstrar a exposição das causas concretas da situação patrimonial (...) e das razões da crise econômico-financeira.

O objetivo da Recuperação Judicial é dar a Empresa um fôlego, um tempo para se reerguer, de tal forma que só será concedida a Recuperação Judicial às Empresas que demonstrem a capacidade de terem sua Recuperação Judicial efetivada.

A Empresa deverá instruir a Petição Inicial com o demonstrativo dos 03 (três) últimos exercícios sociais, bem como outros documentos pertinentes para avaliação do juízo, disposto no artigo 51, caput e em seus parágrafos.

O juiz ao receber o pedido de Recuperação Judicial irá avaliar se a Empresa está em condições de ter o processamento da Recuperação examinado, de maneira que, somente após o deferimento do processamento é que será analisado o mérito do processo.

### **5.2 Deferimento do Processamento e o Plano de Recuperação Judicial**

Caso o juiz verifique que o pedido de Recuperação Judicial condiz com os pressupostos necessários para a Recuperação da Empresa, o juiz deferirá o processamento da Recuperação Judicial e, no mesmo ato, nomeará Administrador Judicial para cuidar dos ativos da Empresa, conforme aduz o artigo 52, caput e inciso I.

Após o deferimento do processamento e nomeação do Administrador Judicial, o juiz dará o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias para que a Empresa Devedora

apresente o Plano de Recuperação Judicial, contados a partir da publicação da decisão que deferiu o processamento da Recuperação Judicial.

Caso a Empresa Devedora não apresente o Plano de Recuperação Judicial dentro do prazo, o pedido de Recuperação Judicial será convolado em Decretação de Falência, conformedisposto no artigo 53, caput da Lei 11.101/05.

O juiz ordenará a publicação em edital contendo aviso aos credores sobre o aceite do Plano de Recuperação Judicial e fixando prazo para apresentação de eventuais objeções por parte dos credores à Recuperação Judicial concedida ao Insolvente.

Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de Recuperação Judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores.

Conforme dispõe o § 4º do artigo 56: Rejeitado o Plano de Recuperação Judicial, o administrador judicial submeterá, no ato, à votação da assembleia-geral de credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado Plano de Recuperação Judicial pelos Credores.

Cumpre lembrar que essa foi uma das alterações trazidas pela Lei 14.112/20, em relação a novidade de ser apresentado um Plano de Recuperação Judicial alternativo por parte dos Credores.

Uma vez concedida a Recuperação Judicial, dispõe o artigo 59 que: O Plano de Recuperação Judicial implica em novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedore todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias.

### **5.3 Da Recuperação Judicial e seu Encerramento**

A finalidade da Recuperação Judicial é possibilitar à Empresa Devedora as condições necessárias para a superação de sua crise econômico-financeira, portanto, para que seja encerrada a Recuperação Judicial, deverá ter o Plano de Recuperação Judicial cumprido em sua totalidade ou então, demonstrar condições de se manter sem a administração de terceiros.

Caso o Plano de Recuperação Judicial não seja cumprido ou a Empresa Devedora não demonstre ter saído da crise econômico-financeira em que se encontrava inicialmente, poderá sofrer com os efeitos da convolação em Decretação de Falência.

Dispõe o artigo 61 da Lei 11.101/05: Proferida a decisão (...) o juiz poderá determinara manutenção do devedor em Recuperação Judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 2 (dois) anos

depois da concessão da Recuperação Judicial, independentemente do eventual período de carência.

Demonstrando a Empresa Insolvente ter cumprido o Plano de Recuperação Judicial e estar apta para se autorregular, poderá ter o encerramento da fase de Recuperação Judicial decretado por Sentença.

Neste contexto aduz o artigo 63 da Lei 11.101/05: Cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 (acima supracitado): O juiz decretará por Sentença o encerramento da Recuperação Judicial e determinará: O pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias (...); A apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; A apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; A dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial.

#### **5.4 Sujeito Ativo legitimado para pedir a Recuperação Judicial**

Aplica-se à Recuperação Judicial as mesmas regras aplicáveis ao pedido de Decretação de Falência. Possui legitimidade: O próprio devedor, que possua condição de Empresa; O cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; O cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade civil.

Lembrando que, conforme alteração trazida pela Lei 14.112/20, embora o credor não possua interesse em pedir a Recuperação Judicial, pode o Credor apresentar o Plano de Recuperação Judicial, caso não haja consenso sobre o Plano de Recuperação Judicial apresentado pela Empresa Devedora.

#### **5.5 Do Foro Competente para conhecimento do pedido de Recuperação Judicial**

O foro competente para julgar e processar o pedido Recuperação Judicial é o foro do local principal de funcionamento daquele estabelecimento, ainda que não seja a matriz, basta que seja o principal local de funcionamento da Empresa, ainda que se trate de uma filial, conforme disposição do artigo 3.º da Lei 11.101/05, mesma norma válida para o pedido de Decretação de Falência e Recuperação Extrajudicial.

### **6 ALTERAÇÕES IMPORTANTES TRAZIDAS PELA LEI 14.112/20**

Uma das mais significativas mudanças, diz respeito à previsão do artigo 6.º da Lei 11.101/05, quanto ao prazo para o devedor ter suas obrigações, dívidas, e execuções suspensas, que antes da vigência da Lei 14.112/20, previa que em hipótese alguma seria

prorrogável o prazo de 180 dias para referidas suspensões, passando agora a ter a possibilidade de prorrogação por mais 180 dias, caso assim seja solicitado, desde que Empresa Devedora demonstre que não incorreu em culpa pelo atraso no plano de Recuperação Judicial.

Presume-se que após o período concedido para sua Recuperação Judicial, a Empresa volte a ter capacidade de auto regulação, pagamento dos seus credores, dívidas e tributos devidos; por esta razão, o pedido de Recuperação Judicial somente é concedido às Empresas que demonstrem ter condições de se recuperar.

Para que uma Empresa possa pedir a Recuperação Judicial, a mesma deve ser devidamente registrada e com mais de 2 (dois) anos de funcionamento, conforme disposição docaput do artigo 48 da Lei de Falências, e desde que atenda aos seguintes requisitos: Não ter sido falida e, se foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; Não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial; Não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de Recuperação Judicial com base no plano especial; Não ter sido condenada ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei Falimentar.

Insta salientar, mais uma vez, as alterações trazidas pela Lei 14.112/20, como a diminuição do prazo de 8 (oito) anos para 5 (cinco) anos para ter direito a novo pedido de Recuperação Judicial, conforme disposto no inciso II, do artigo 48, supracitado.

#### **Demais alterações importantes trazidas pela Lei 14.112/20:**

- Foram estabelecidas condições para que o Produtor Rural possa requerer Recuperação Judicial, estando sujeitos à Recuperação Judicial somente os créditos que decorram da atividade rural e estejam discriminados nos documentos fiscais e contábeis;
- Passou-se a ter a possibilidade de apresentação de Plano de Recuperação Judicial pelos credores, caso o plano de Recuperação Judicial seja rejeitado em Assembleia Geral de Credores, quando o Administrador Judicial submeterá, no ato, à votação a concessão de prazo de 30 dias para que seja apresentado plano de Recuperação Judicial pelos credores, o que antes da vigência da Lei, só era admitida a apresentação de Plano de Recuperação por parte da Empresa Devedora, conforme já supramencionado;
- Houve a implementação da possibilidade de o juiz, quando entender necessário, e antes de deferir o Processamento da Recuperação Judicial, nomear profissional de sua confiança para atestar as reais condições de funcionamento da Empresa

Devedora que está requerendo Recuperação Judicial, bem como a regularidade e a completude da documentação apresentada com a Petição Inicial (chamado de constatação prévia);

- Foi disposto, como medida de proteção, que a Alienação de Bens e a Outorga de Garantia pelo Devedor, desde que realizada mediante Autorização Judicial ou prevista em Plano de Recuperação Judicial ou Extrajudicial aprovado, não poderá ser anulada, ou tornada ineficaz, após a consumação do Negócio Jurídico;
- Foi disposto que em hipótese de Suspensão da Assembleia Geral de Credores convocada para deliberar o Plano de Recuperação Judicial que, a Assembleia deverá ser encerrada em até 90 (noventa) dias;
- Passou-se a ter a previsão de que ao deferir o Processamento da Recuperação Judicial, o juiz determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades; no entanto, a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios;
- Passou a ser de escolha do juiz a manutenção do devedor em Recuperação Judicial até que sejam cumpridas todas as obrigações previstas no plano que vencerem até, no máximo, 02 (dois) anos depois da concessão da Recuperação Judicial, independentemente do eventual período de carência;
- Foi incluída a disposição de que o prazo para pagamento dos credores trabalhistas poderá ser estendido para até 02 (dois) anos se: o Plano de Recuperação Judicial apresentar garantias julgadas suficientes pelo juiz; existir aprovação da maioria simples dos credores trabalhistas; e for garantida a integralidade do pagamento dessa classe de créditos;
- Foi disposto que o pedido de Recuperação Judicial, o Deferimento de seu Processamento ou a Homologação do Plano de Recuperação Judicial não afetarão ou suspenderão o exercício dos direitos de vencimento antecipado e de compensação no âmbito de operações compromissadas e de derivativos;
- Foi prevista a possibilidade de financiamento ao devedor em Recuperação Judicial, com preferência a quem conceder crédito (*dip financing*);
- Foi estipulada a previsão de venda integral da Empresa Devedora como meio de Recuperação Judicial;
- No tocante aos tributos, foi prevista a possibilidade de parcelamento do IR (Imposto de Renda) e da CSLL (Contribuição Social sobre Lucro Líquido), incidentes

sobre o ganho de capital resultante da alienação de bens ou de direitos pela pessoa jurídica em Recuperação Judicial;

- Por fim, houve a implementação da disposição de que não haverá sucessão ou responsabilidade por dívidas de qualquer natureza a terceiro credor, investidor ou novo administrador em decorrência da conversão de dívida em capital, de aporte de novos recursos na devedora ou de substituição dos administradores.

Todas essas alterações julgadas mais relevantes, entraram em vigência para desburocratizar ainda mais o pedido de Recuperação Judicial por parte das Empresas Urbanas e Rurais, de forma que se evitasse mais quebras e Decretação de Falências de **Empresas Insolventes e houvesse um maior incentivo às Empresas a pedirem sua Recuperação Judicial e não terem sua Falência Decretada.**

## 7. CONCLUSÃO

Pelo presente estudo aprofundado da Lei de Falências, Lei 11.101/05, com atenção especial nos Institutos da Falência e da Recuperação Judicial, chega-se à conclusão de que o Direito Empresarial, como ramo do Direito Privado, sofre constantes alterações, tendo em vista que as relações privadas, de forma geral, estão sob constantes mudanças.

O Direito Empresarial em si, possui a peculiaridade de ser envolvido diretamente com a economia, de tal forma que, as oscilações do mercado financeiro podem atingir diretamente às Empresas, como ocorreu em 2020, com o advento da Pandemia ocasionada pela Sars-Cov2 (Covid-19), em que, conforme estatísticas apresentadas pelo Sebrae (Serviço brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas), houve no Brasil o fechamento de mais de 600 (seiscentas) mil micros e pequenas empresas e o desemprego direto de 9 (nove) milhões de brasileiros.

Desta feita, necessitava-se de uma urgente alteração em alguns dos dispositivos da Lei de Falências, de modo a desburocratizar o procedimento para a Decretação da Recuperação Judicial das Empresas, que, conforme estudado, é muito mais interessante para as economias e para a sociedade em si, terem as Empresas em funcionamento, do que simplesmente excluí-las do mercado financeiro, o que leva ao desemprego em massa e ao desaquecimento da economia. A Recuperação Judicial visa, portanto, facilitar ao Empresário que observa estar passando por uma crise econômico-financeira, optar pela tentativa de uma Recuperação Judicial, de modo que possa se reestruturar economicamente, do que incorrer em uma insolvência completa e ter o risco de ter sua Falência Decretada, medida esta que não interessa nem ao Empresário Insolvente, nem à economia como um todo.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Santa Cruz Ramos, André Luiz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5.<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro. Editora Método. 2015.

Brasil. **Lei nº 11.101/05**, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Brasil. **Lei 14.105/20**, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.

Aprovação PGE. **E-book Nova Lei de Falências e Recuperação Judicial**. 2021.

Curso Experiência CERS. **Recuperação Judicial e Falência**. 2021.

## FASHION LAW E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

**JOÃO VICTOR FERREIRA OLSZENSKI:**

Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2013), Pós-Graduado pela Escola Paulista da Magistratura (2021).

**Resumo:** A moda parte da ideia de aparência. Os consumidores reconhecem a aparência de um produto de moda, não só na loja, mas também no seu dia-a-dia. Por isso, os danos ligados à imagem de um produto de moda não se recolhem apenas no momento da compra. O fato de circularem peças idênticas de menor qualidade no mercado tem um efeito desprestigiante para a marca em causa. Assim, a criação de uma marca de moda valiosa requer um grande esforço, por isso não deve ser dado espaço aos concorrentes para que se possam aproveitar indevidamente da sua reputação. Deste modo, a presente monografia tem o intuito de mostrar a relevância de cada forma de proteção de propriedade industrial — patentes de invenção, modelo de utilidade, desenhos industriais, marcas, trade dress e concorrência desleal — para o setor da moda. O produto da moda pode estar protegido por qualquer uma das categorias citadas, algumas delas ou por todas ao mesmo tempo.

Palavras-chave: Moda, propriedade intelectual, propriedade industrial, patentes, modelo de utilidade, desenhos industriais, marca, trade dress, concorrência desleal, design, goodwill

**Abstract:** Fashion is part of the idea of appearance. Consumers recognize the appearance of a fashion product, not only in the store, but also in their day-to-day life. Therefore, the damage linked to the image of a fashion product does not collect only at the time of purchase. The fact that identical pieces of lower quality circulate in the market has an unpretentious effect for the brand concerned. Thus, the creation of a valuable fashion brand requires a great deal of effort, so competitors should not be given space to take advantage of their reputation. Thus, this monograph aims to show the relevance of each form of industrial property protection — invention patents, utility model, industrial designs, brands, trade dress and unfair competition — to the fashion industry. The fashion product can be protected by any of the categories mentioned, some of them or by all at the same time.

Keywords: Fashion, intellectual property, industrial property, utility model, patents, industrial designs, brand, trade dress, anti-competitive practices, design, goodwill

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Fashion Law ou Direito da Moda; 2.1 A contrafação; 2.2 Plágio; 2.3 Pirataria; 3. Direito Autoral; 3.1 Direito autoral e a moda; 4. Marca; 4.1 Sinais Não Registráveis Como Marca; 4.2 Diluição de marca; 4.3 Distintividade Inata e Adquirida; 4.4 Teoria da Distância; 4.5 Função econômica e semiológica da marca; 5 Trade Dress ou Conjunto-Imagem; 5.1 O Trade Dress na Indústria da Moda; 6. Combate à concorrência desleal; 7. Confusão e concorrência desleal; 7.1 Concorrência parasitária, aproveitamento parasitário e enriquecimento sem causa; 8. Conclusão; 9. Referências.

## **1.Introdução**

O que se tem chamado de Fashion Law, ou direito da moda, abrange uma ampla variedade de questões jurídicas que acompanham o ciclo da moda, desde a necessidade de proteger a criatividade do estilista até problemas relacionados aos consumidores, trabalhadores e ao meio ambiente, lembrando que a indústria da moda é uma das mais poluentes.

Esse novo ramo do direito tem ganhado relevância, ao passo que a produção está cada vez mais espalhada em uma complexa cadeia de abastecimento global.

Os aspectos fundamentais que definem este novo campo do direito estão profundamente enraizados em diferentes origens culturais, e dependem de circunstâncias jurídicas muito específicas, considerando a cultura dos povos e regiões.

A indústria da moda vive um constante paradoxo, em que ao mesmo tempo em que ela possui coleções regionais, também é observado um fenômeno globalizado nos grandes centros do mundo, em que as cidades cosmopolitas acabam exercendo grande influência umas nas outras.

Essa contradição demanda a necessidade de adquirir uma visão do fenômeno que une a perspectiva global com a compreensão e respeito pelas culturas locais que muitas vezes refletem antigas tradições, ou até crenças religiosas.

Deste modo, se tratando tanto de alta costura, como da comercialização de roupas comuns, o direito da moda incorpora as questões jurídicas inerentes ao design, fabricação, distribuição, marketing, varejo, publicidade e promoção de todos os tipos de produtos de moda.

A ideia mais comum ligada à Fashion Law, é a da criatividade artística dos grandes criadores de alta-costura e marcas de luxo, que fizeram da moda uma força cultural.

Por isso, o primeiro objetivo da Fashion Law é a proteção da sua propriedade intelectual. Os consumidores de moda compram mais facilmente uma peça de uma marca

que intuitivamente reconheçam. Esse é o valor de uma marca com alta visibilidade no mercado.

Por isso, que “imitação” é um traço marcante na indústria da moda, no qual os criadores e líderes das empresas encontram frequentemente suas ideias copiadas por concorrentes, aproveitando-se da visibilidade dos seus rivais.

Observado as questões atinentes à propriedade intelectual, nota-se que os meios legais não conseguem acompanhar o desenvolvimento dos mercados piratas, quer para evitar a contrafação, quer para proteger a identidade visual de uma empresa – o trade dress – que a maioria das vezes é utilizada pelos concorrentes para gerar confusão no consumidor e tirar partido do valor que esta realidade tem no mercado – o goodwill – sem que haja meios de reação adequados para proteger os interesses da empresa lesada no que diz respeito ao trade dress.

Assim, este trabalho tem como escopo apresentar as possibilidades de proteção legal relacionada ao universo da moda, ou seja, na criação de estampas, padronagens, peças de vestuário e afins, além das polêmicas provenientes da prática do plágio.

## 2. Fashion Law ou Direito da Moda

Como já esboçado alhures, Fashion Law, ou Direito da Moda, não é um ramo do direito propriamente dito, mas sim um conjunto de conhecimentos provenientes de diversas áreas aplicados especificamente a este contexto multifacetado da indústria da moda. Dentre as matérias abarcadas pelo Fashion law estão propriedade intelectual, contratos, direito internacional, direito do consumidor, direito trabalhista, direitos humanos, dentre outras. Trata-se, portanto, de uma área cujo objeto originalmente exige uma abordagem interdisciplinar.

A relação entre o Fashion Law e a Propriedade Intelectual possui uma relação que já é concebida de maneira conturbada, uma vez que a indústria da moda possui a imitação em sua essência, que possui alicerce nas tendências de moda. E essas tendências acabam por apontar o que está ou não “na moda”, isso porque, a tendência possui identidade própria.

O problema é que muitas vezes esses detalhes são copiados, e não servem de mera inspiração. É sabido que os estilistas de moda são frequentemente influenciados uns pelos outros e se um deles for especialmente bem-sucedido com um determinado item ou estilo, um grande leque de concorrentes irá tentar imitá-lo.

A imitação, por si só, pode gerar a violação da propriedade intelectual da marca ou do seu criador. Ressalta-se, que é tênue a distinção entre aquilo que é inspiração e aquilo que é contrafação.

Com efeito, para a indústria da moda, as inspirações são essenciais para o seu funcionamento. Essa peculiaridade se deve por que algumas das grandes empresas que ditam a moda no mundo aceitam que seus concorrentes imitem as suas “peças-chave”, uma vez que, em algumas circunstâncias, essa conduta pode acabar reforçar as suas peças e até a sua marca.

Isso se dá pelo fato de os concorrentes estarem sempre à procura de imitar os produtos mais bem-sucedidos uns dos outros, o que faz com que as tendências perdurem durante mais tempo. Ou seja, a proliferação da peça criada originalmente, em vez de se revelar nociva, pode reforçar a reputação da criação no mercado, transformando-a num símbolo de determinado status social, quando comparada com imitações de menor qualidade, sendo, deste modo, a imitação a criar a moda.

Embora o acima exposto seja discutível, a verdade é que a imitação e a contrafação são realidades que fazem parte da moda e que não vão deixar de existir. Sendo assim, isto é, sendo a imitação parte integrante do mundo da moda, parece poder dizer-se que o direito da propriedade intelectual constituirá matéria essencial quando se fala em Fashion Law.

De acordo com a Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), propriedade intelectual é o conjunto de direitos inerentes à produção intelectual nos campos industrial, científico, literário e artístico. Classicamente, a propriedade intelectual é dividida entre Direitos de Autor e Direitos de Propriedade Industrial.

Os direitos autorais visam proteger criações científicas, artísticas ou intelectuais humanas, que a priori não têm utilidade ou caráter industrial. No Brasil, o direito autoral é regido pela Lei nº 9.610 / 98, e garante prerrogativas de caráter moral e patrimonial aos titulares dos direitos autorais.

A propriedade industrial, por sua vez, “tem por objetos patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, marcas de serviço, nomes comerciais, indicações de procedência ou denominações de origem, e a repressão à concorrência desleal” (Artigo I, 2º, da Convenção de Paris).

Atualmente, a propriedade industrial é regida pela Lei nº 9.279 / 96, e confere aos seus titulares o exercício exclusivo de criação de aplicabilidade industrial ou comercial, mas esse exercício é condicionado.

No campo da moda, os direitos autorais e de propriedade industrial têm sido os principais mecanismos de proteção das criações de moda, como forma de coibir a reprodução não autorizada dos produtos e marcas que protegem.

## 2.1 A contrafação

A violação dos direitos que protegem a moda sejam eles direitos de autor ou de propriedade industrial aumentaram com expansão do comércio eletrônico, também guinado pela pandemia mundial, como podemos observar no gráfico abaixo:



(Pesquisa Anual de Comércio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e em dados da Receita Federal, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) 87

Com efeito, a internet facilitou ainda mais a circulação das falsificações para além das tradicionais feiras, festas populares e praias, contando ainda com o anonimato da rede mundial de computadores.

No setor da moda é notado, que diversas marcas com elevado valor de mercado são falsificadas em com maior ou menor requinte, mas sempre associado à sua imagem a uma tradicional marca.

A diferenciação das contrafações, também é vista nos consumidores se diferenciam entre aqueles que compram imitações por engano; e aqueles que, de forma deliberada, adquirem o bem por força do valor simbólico atribuído à marca.

Para a empresa vítima da contrafação, o seu prejuízo não é só medido na redução das vendas, mas principalmente na vulgarização de sua imagem, uma vez que a sua marca é ligada à ideia de exclusividade.

## 2.2 Plágio

87 <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/com-pandemia-comercio-eletronico-tem-salto-em-2020-e-dobra-participacao-no-varejo-brasileiro.ghtml> acesso em 25/08/2021.

Plágio se dá quando uma pessoa se apropria indevidamente da atividade criativa de outrem. O plágio em si tem origem no latim *plagiu* que significa oblíquo, indireto, astucioso.

No ambiente da moda é necessário diferenciar plágio, inspiração e homenagem.

Diferentemente do plágio, a inspiração não é uma simples cópia de uma ideia sem a mencionar a sua autoria. Na inspiração é dito qual é a ideia que foi baseada, para que se alcançasse o resultado final.

Mesmo com o crédito à obra original, é possível que a criação mais moderna seja tão semelhante à sua inspiração, que seja tecnicamente considerada como plágio, o que torna dificultosa a tarefa de se divisar o que é uma coisa, o que é outra.

Além disso, mesmo sendo o plágio uma conduta ilícita prevista não só no nosso ordenamento jurídico, mas em diversos outros, o processo de globalização tem relativizado a antijuridicidade da conduta do plágio. Sem contar que com os avanços tecnológicos está cada vez mais fácil plagiar, o que pode ser feito de qualquer lugar do mundo pela rede mundial de computadores.

Assim, esses dois fenômenos tendem a facilitar a disseminação de ideias que podem estar relativizando o desrespeito contumaz à propriedade intelectual na indústria da moda.

### **2.3 Pirataria**

Pirataria é a atividade praticada pelos piratas, que eram navegadores que agiam à margem da lei, de forma autônoma ou organizada em grupos, com o objetivo de promover saques a navios e a cidades para obter riquezas.

Mesmo não existindo mais piratas como antigamente, o termo “pirataria” atualmente é atribuído ao furto, cópia, reprodução e distribuição de conteúdo de propriedade intelectual, sem autorização.

Em outubro de 2004, a Secretaria do Consumidor do Ministério da Justiça criou o Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP), que conta com uma instância própria para cuidar do assunto Pirataria.

O CNCP fica responsável pela aplicação de abordagens e metodologias para o tratamento da questão da pirataria em âmbito nacional. O CNCP, órgão colegiado consultivo, tem por finalidade elaborar as diretrizes para a formulação e proposição de plano nacional para o combate à pirataria, à sonegação fiscal dela decorrente e aos delitos contra a propriedade intelectual.

Esse conselho tem como diretriz principal a elaboração e manutenção do plano nacional de combate à pirataria visando à contenção da oferta, por meio de medidas repressivas, e a contenção da demanda, por meio de medidas educativas e econômicas.

A importância do tema cresce, uma vez que a pirataria tem conexão com outras práticas delituosas como o crime organizado, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Com efeito, o trabalho de Combate à Pirataria tem sido fundamental para o crescimento dos registros junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Inclusive, caso algum terceiro tenha interesse em se tornar licenciada pode negociar tal direito com a titular perante a autarquia federal, sendo que deverá pagar os royalties devidos.

Assim, permitir que alguém comercialize produtos piratas de qualquer forma acarreta por favorecer a concorrência desleal. Sem contar que os preços dos produtos serão absolutamente diferenciados, uma vez que a empresa pirata além de não pagar "royalties", também prejudica a imagem das detentoras da propriedade intelectual com produtos de baixa qualidade.

Em muitos casos, a detentora da propriedade intelectual aprova previamente os produtos que serão comercializados pelos "licenciados", mesmo porque há necessidade de se manter rigorosa relação com os emblemas, qualidade, denominações e sinais dísticos das licenciadas, bem como primar pela qualidade dos produtos.

Certamente, tal cuidado não ocorre com os produtos piratas, trazendo como consequência a utilização de produtos de baixa qualidade, que não são fidedignos com os registrados, e conseqüentemente concorrem deslealmente com os produtos legais.

### **3. Direito Autoral**

O Direito Autoral ou direito do autor foi criado pelo Estado a partir de um monopólio artificial, regulado inclusive por lei específica.

Inicialmente, o direito autoral teve como escopo regulamentar a autoria de obras literárias. Em seguida, tal disciplina passou também a abarcar peças teatrais, obras musicais, esculturas, pinturas entre outras manifestações artísticas.

Com efeito, o direito de autor vem sofrendo alterações, devido às novas tecnologias. Afinal, o direito e seus institutos mudam conforme a época e o lugar, adaptando-se às alterações trazidas pelas mudanças sociais.

Na lição de Antônio Chaves (1995, p. 28), direito autoral é:



o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade, de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo, e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

Existem algumas críticas em relação à proteção do direito do autor, alguns o consideram excessivamente protetivo em alguns casos. Contudo, há que se ressaltar que o respeito à propriedade, incluindo-se aí a intelectual, é norma fundamental, presente inclusive na Constituição Federal<sup>88</sup>. Assim, o resultado de uma criação intelectual, por menor que seja, é sempre a síntese de toda esforço intelectual do autor, que está ligada às suas experiências de vida.

No mundo existem duas formas jurídicas de se enxergar a disciplina dos direitos autorais. A mais antiga delas é o copyright, de origem britânica, centrada no direito de reprodução da obra. A segunda é o *droit d'auteur* que surgiu na França pós-revolucionária, arrimando-se no criador da obra de espírito. No Brasil, a doutrina jurídica e os legisladores inclinaram-se à Escola Francesa.

É de se reconhecer que o direito de autor tem natureza complexa. Isso porque ao mesmo tempo em que é uma propriedade de fato, também é intangível. E por ser imaterial goza de ampla e instantânea disseminação, principalmente considerados os mecanismos a ela disponíveis pelas novas tecnologias. Por isso, torna-se cada dia mais difícil a tarefa do autor de proteger sua obra contra o uso ilícito.

Conforme o art. 18 da Lei nº 9.610/1998, “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Destaca-se que é imperioso o requisito da originalidade para que proteção devida à tutela autoral seja possível.

Entretanto, caso o autor tenha interesse em promover registro formal, esse pode ser realizado, conforme a sua natureza, perante a Biblioteca Nacional, a Escola de Música, a Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o Instituto Nacional do Cinema, ou o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, a fim de se salvaguardar esses direitos.

---

<sup>88</sup> O art. 5º, inciso XXVII, da Constituição federal reza que: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

### 3.1 Direito autoral e a moda

Em relação à indústria da moda, existem dificuldades na delimitação da proteção do seu design. Com efeito, existem divergências entre as diferentes legislações sobre o tema. Nota-se a presença de uma forte corrente no sentido de assimilar o tratamento dos desenhos e modelos industriais ao das produções artísticas, indicando que o meio de reprodução, a destinação da obra, o caráter principal ou acessório do desenho e a natureza puramente artística têm servido de critério para a aplicação das normas componentes de um ou outro microssistema jurídico.

Por sua vez, a Lei 9.610/98 estabeleceu de maneira expressa não ser protegido, pelo direito de autor, "o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras" (artigo 8º, inciso VII). Logo, não é viável cogitar de uma sobreposição entre a proteção fornecida pelo direito de autor e aquela própria à propriedade industrial.

Assim, caso ocorra o aproveitamento industrial não deve incidir a disciplina própria ao direito de autor. Nosso legislador utiliza a destinação como critério distintivo e não permite uma sobreposição. O desenho de uma peça de roupa apenas seria protegido pelo direito de autor, na qualidade de uma "obra de arte aplicada", separadamente, quando não fosse destinado à fabricação em série, mas exprimisse senso estético diferenciado e único.

Além disso, o artigo 98 da Lei 9.279/96 remete a esta hipótese e exclui a possibilidade de registro como propriedade industrial para "qualquer obra de caráter puramente artístico". Deste modo, a reprodução industrial de determinada peça de vestuário exclui a aplicação das regras atinentes ao direito autoral.

Portanto, apenas em certas circunstâncias, quando houver relação intrínseca entre o caráter artístico e utilitário do produto, bem como seja preenchido, ainda que minimamente, o requisito da originalidade, é possível que a tutela do direito autoral proteja peças de vestuário, combinada ou não com a proteção através da propriedade industrial.

Sem embargos, é oportuno apontar ser possível a dupla proteção, tanto da Lei de Direito Autoral como pela Lei de Propriedade Industrial, em obras/criações que possuam ao mesmo tempo o caráter estético e a conotação utilitária, como explica Carlos Alberto Bittar (2015, p. 20):

Conjugando-se esses elementos, desde a criação, é a obra integrada ao processo econômico, possibilitando a consecução de melhores efeitos na comercialização, cada vez mais dominada pela sofisticação dos mercados. De outro lado, inseparáveis esses caracteres opera-se a proteção da obra nos dois campos citados, reunidos os requisitos legais.

Nessa linha, há que se fazer referência às chamadas “obras de arte aplicadas” que, por sua natureza, gozam de proteção simultânea.

#### **4.Marca**

A marca nada mais é do que um sinal distintivo cujas funções principais são identificar a origem e distinguir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa.

Conforme a legislação brasileira é passível de registro como marca todos os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais, de acordo com o disposto no art. 122 da Lei nº 9279/96 (Lei da Propriedade Industrial).

Para a concessão e aplicação da proteção concedida às marcas, foram estabelecidos três princípios legais: territorialidade, especialidade e sistema atributivo.

O princípio da proteção territorial está insculpido no artigo 129 da LPI que diz: “a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional (...)”.

Desta forma, a proteção conferida pelo Estado não ultrapassa os limites territoriais do país e, somente nesse espaço físico, é reconhecido o direito de exclusividade de uso da marca registrada.

Todavia, existe uma exceção, que é o caso da marca notoriamente conhecida. Nos termos do art. 6 Bis da Convenção da União de Paris (CUP), “os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer administrativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares. O mesmo sucederá quando a parte essencial da marca constitui reprodução de marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão com esta.”.

Por essa regra, o Brasil compromete-se, na qualidade de signatário da Convenção, a recusar ou invalidar registro de sinal que constitua usurpação de marca regularmente protegida, via depósito ou registro, em outro país também membro da Convenção, quando esta for notoriamente conhecida no país, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil, de acordo com o art.126 da LPI.

A aplicação desta norma pode se dar tanto de ofício, quanto a requerimento do interessado, ocorrendo de ofício quando se julgar que a notoriedade é suficiente a ponto de dispensar a produção de provas.

A reivindicação de prioridade é prevista na Convenção da União de Paris (CUP), sendo também abarcada pelo art. 127 da Lei da Propriedade Industrial.

No que toca a especialidade, a proteção assegurada à marca recai sobre produtos ou serviços correspondentes à atividade do requerente, visando a distingui-los de outros idênticos ou similares, de origem diversa.

Entrementes, exceção ao princípio da especialidade são as marcas consideradas de alto renome, protegidas em todos os segmentos mercadológicos, nos termos do art. 125 da LPI: "À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade".

Ao contrário do que se observa no caso das marcas notoriamente conhecidas, ou seja, a não obrigatoriedade de registro prévio no Brasil para a observância do disposto no art. 6 bis da CUP, esta proteção especial, que derroga o princípio da especialidade, só é possível se a marca já estiver devidamente registrada nos termos da Lei, conforme se depreende do art. 125, acima transcrito.

Reconhecido o alto renome da marca, o INPI fará a anotação correspondente em seus cadastros e toda reprodução ou imitação da marca, suscetível de causar confusão ou prejuízo para sua reputação, será proibida.

Por seu turno, o sistema de registro de marca adotado no Brasil é atributivo de direito, isto é, sua propriedade e seu uso exclusivo só são adquiridos pelo registro, conforme define o art. 129 da LPI.

O princípio do caráter atributivo do direito, resultante do registro, se contrapõe ao sistema dito declarativo de direito sobre a marca, no qual o direito resulta do primeiro uso e o registro serve apenas como uma simples homologação de propriedade.

Como regra geral, àquele que primeiro depositar um pedido deve-se a prioridade ao registro. Todavia, essa regra comporta uma exceção denominada direito do usuário anterior. O usuário anterior é aquele que goza de boa fé e comprova a utilização anterior, há pelo menos seis meses, de marca idêntica ou semelhante, para o mesmo fim, capaz de causar confusão ou associação indevida, nos termos do § 1º do Art. 129 da LPI: "Art. 129. (...) § 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos seis meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro".

Assim, quando preenchidos os requisitos acima, pode ser reivindicado o direito de precedência ao registro, devendo, para tanto, o requerente apresentar oposição ao pedido de registro formulado por terceiros, instruindo-a de provas suficientes para caracterizar o uso no país, na conformidade do disposto no § 1º do art. 129 da LPI e fazendo prova do depósito do pedido de registro da marca, nos termos da LPI.

As marcas são classificadas como de produto ou serviço, coletiva e de certificação. A marca de produto ou serviço é aquela usada para distinguir produto ou serviço de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa (art. 123, inciso I, da LPI).

Nos termos do artigo 123 da LPI, marca de produto ou serviço é “aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”. Esta definição legal encontra eco na vasta doutrina acerca do conceito de marca, da qual pinçamos aquela de lavra do professor Denis Borges Barbosa (2015):

a) É o sinal, vale dizer, um elemento dotado de carga semiológica, desconsiderados para tal propósito todos demais atributos de outra natureza; b) Tal sinal será efetivamente distintivo (neste passo, dotado de distinção em face do domínio público); c) Tal sinal – segundo a lei vigente – será necessariamente suscetível de percepção visual; b) Para efeitos de registrabilidade, será considerado apenas o sinal hábil a distinguir produto ou serviço de outro idêntico ou afim, de origem diversa. (...) Símbolo voltado a um fim, sua existência fática depende da presença destes dois requisitos: capacidade de simbolizar (distintividade absoluta), e capacidade de indicar uma origem específica em face de outras origens (distintividade relativa), sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor. Sua proteção jurídica depende de um fator a mais: a apropriabilidade, ou seja, a possibilidade de se tornar um símbolo exclusivo, ou legalmente unívoco, em face do objeto simbolizado.

Já a marca coletiva é aquela destinada a identificar e distinguir produtos ou serviços provenientes de membros de uma pessoa jurídica representativa de coletividade (associação, cooperativa, sindicato, consórcio, federação, confederação, entre outros), de produtos ou serviços iguais, semelhantes ou afins, de procedência diversa (art. 123, inciso III, da LPI).

Sublinha-se que a marca coletiva possui finalidade distinta da marca de produto ou serviço. Isso porque, o objetivo da marca coletiva é indicar ao consumidor que aquele produto ou serviço provém de membros de uma determinada entidade. Portanto, podem utilizar a marca coletiva os membros da entidade detentora do registro, sem necessidade

de licença de uso, desde que estejam previstos no regulamento de utilização da marca. Destaca-se que o titular da marca coletiva pode estabelecer condições e proibições de uso para seus associados, por meio de um regulamento de utilização.

No que lhe diz respeito, a marca de certificação é aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas, padrões ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada (art. 123, inciso II, da LPI).

Dessarte, a marca de certificação possui finalidade distinta da marca de produto ou serviço. O objetivo principal da marca de certificação é informar ao público que o produto ou serviço distinguido pela marca está de acordo com normas ou padrões técnicos específicos.

Nos moldes da LPI, a marca de certificação deve ser utilizada somente por terceiros que o titular autorize como forma de atestar a conformidade do produto ou serviço aos requisitos técnicos; ou seja, destina-se apenas à certificação de terceira parte. Estando cumpridos os requisitos, o interessado está apto a incorporar em seu produto ou serviço a marca de certificação do titular do registro no INPI.

Cabe ressaltar que uma marca desta natureza não substitui nem dispensa os selos de inspeção sanitária ou o cumprimento de qualquer regulamento ou norma específica para produto ou serviço estabelecido pela legislação vigente. Obter uma marca de certificação não exime a responsabilidade de quem deve garantir a qualidade do produto ou serviço, que é o próprio fornecedor, assim definido no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

#### **4.1 Sinais Não Registráveis Como Marca**

O artigo 124 da LPI prevê vinte e três hipóteses de situações em que determinados sinais distintivos não são registráveis como marca.

Em suma, a finalidade da lei é conceder a tutela apenas às marcas que possuem, de fato, a finalidade de identificar determinado produto ou serviço do empresário, distinguindo-o dos demais concorrentes no mercado, caso contrário, ela não poderá ser levada à registro.

Afinal, a função do registro é conferir exclusividade do uso da marca, se determinada pessoa deseja registrar expressão comum ou genérica, essa não serve para distinguir um produto ou serviço de outros.

Logo, a tutela do Estado deve servir para individualizar determinado produto ou serviço, para que a distinção com os seus concorrentes seja evidente aos consumidores, evitando qualquer confusão.

Nesse sentido, o STJ já decidiu que a expressão “Brasil”, por ser comum ou genérica, não merece a exclusividade da proteção marcaria, podendo ser usada como marca até mesmo por empresários do mesmo ramo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CONFLITO ENTRE NOME FANTASIA E NOME EMPRESARIAL. REGISTRO DE MARCA SUPERVENIENTE. VOCÁBULO DE USO COMUM. 1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes. 2. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 58 e 175 da Lei 9.279/96; 33 e 34 da Lei 8.934/94; 129 e 130, III, da Lei 9.279/96, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ. 3. É vedada a esta Corte apreciar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 4. Em princípio, os elementos que formam o nome da empresa, devidamente arquivado na Junta Comercial, não podem ser registrados à título de marca, salvo pelo titular da denominação ou terceiros autorizados. 5. O termo “Brasil”, principal elemento do nome empresarial, é, contudo, vocábulo de uso comum, podendo, em função de seu caráter genérico, ser objeto de registro de marca até mesmo por empresas que atuem no mesmo ramo comercial, pois carece da proteção firmada nos termos do art. 124, V, da Lei 9.279/96. 6. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, invertendo os ônus sucumbenciais<sup>89</sup>.

Por aqui é interessante destacar que se o termo “Brasil” é considerado pelo STJ um vocábulo de uso comum, podendo, em função de seu caráter genérico, ser objeto de registro de marca até mesmo por empresas que atuem no mesmo ramo comercial, o mesmo não ocorre com a Confederação Brasileira de Futebol – CBF.

Isso porque, as entidades desportivas possuem exclusividade de todos os direitos de propriedade relativamente às suas denominações e aos emblemas que servem para

---

<sup>89</sup> STJ. REsp 1.082.734/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 03.09.2009, DJe 28.09.2009.

identificá-las junto ao público, estabelecendo a Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), em seu art. 87 e Parágrafo Único:

Art. 87 A denominação e os símbolos de entidades de administração do desporto ou de prática desportiva, bem como o nome ou apelido desportivo do atleta profissional, são propriedade exclusiva dos mesmos, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente.

Parágrafo Único - A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referidos neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos.

Assim, o legislador concedeu às entidades de práticas esportivas, a garantia absoluta, para todo o território nacional, da propriedade de seus símbolos, emblemas e denominações, bem como conferir a elas o respectivo uso comercial independentemente de registro. Nesse sentido:

PROPRIEDADE IMATERIAL – Escudo, brasão ou emblema da "CBF" – Proteção legal, independentemente de registro perante o INPI ou em qualquer outro órgão – Ação de obrigação de não fazer, c.c. indenizatória – Presença dos requisitos necessários à concessão das medidas liminares postuladas pela autora, nos termos da petição inicial – Imposição de multa cominatória em valor inferior ao pretendido na inicial – Recurso parcialmente provido<sup>90</sup>.

Na prática, o vestuário esportivo, com emblemas de confederações e times, possui forte relação emocional com o consumidor, que muitas vezes adquire tal peça a fim de ser pertencida à determinada coletividade.

A moda esportiva com seus ciclos, marcas e indumentárias articula moda em vários de seus aspectos simbólicos de comunicação e produção de relações, no caso, relações entre a cultura e determinada modalidade esportiva.

#### **4.2 Diluição de marca**

A marca sofre diluição quando perde parte do seu poder distintivo e de sua capacidade de atrair o público. A LPI não trata expressamente de diluição de marcas, mas

---

<sup>90</sup> TJSP; Agravo de Instrumento 2179514-54.2015.8.26.0000; Relator (a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jaú - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/10/2015; Data de Registro: 23/10/2015.



permite ao titular da marca ou ao depositante o direito de “zelar pela sua integridade material ou reputação” (art. 130, inciso III da LPI). A repressão à diluição da marca serve justamente para proteger a integridade material ou a reputação da marca. Portanto, marca não registrada pode também ser objeto de proteção contra diluição, já que o citado art. 130 da LPI outorga esse direito inclusive ao depositante, isto é, àquele cuja marca ainda não está registrada.

Além desse dispositivo, a repressão à diluição de marca protege, no ordenamento brasileiro, em particular as marcas de alto renome (especificamente assim reconhecidas pelo INPI) e as marcas notoriamente conhecidas (que não dependem de prévio registro pelo INPI).

O conceito mais elaborado de diluição encontra-se na legislação, doutrina e jurisprudência norte-americanas. O Trademark Dilution Revision Act de 2006 alterou a lei marcária federal norte-americana, o Trademark Act (ou Lanham Act) de 1946, para incluir os conceitos de dilution:

DILUTION BY BLURRING; DILUTION BY TARNISHMENT. — “(1) INJUNCTIVE RELIEF. —Subject to the principles of equity, the owner of a famous mark that is distinctive, inherently or through acquired distinctiveness, shall be entitled to an injunction against another person who, at any time after the owner’s mark has become famous, commences use of a mark or trade name in commerce that is likely to cause dilution by blurring or dilution by tarnishment of the famous mark, regardless of the presence or absence of actual or likely confusion, of competition, or of actual economic injury.

(...) ‘Dilution by blurring’ is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that impairs the distinctiveness of the famous mark. (...) ‘Dilution by tarnishment’ is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that harms the reputation of the famous mark<sup>91</sup>.”

---

91 DILUIÇÃO “POR BORRÃO”; DILUIÇÃO “POR MANCHA”. — “(1) ALÍVIO INJUNTIVO. — Sujeito aos princípios da equidade, o dono de uma marca famosa que seja distinta, inerentemente ou através da distinção adquirida, terá direito a uma liminar contra outra pessoa que, a qualquer momento após a marca do proprietário se tornar famosa, inicia o uso de uma marca ou nome comercial no comércio que provavelmente causará diluição por borrão ou diluição por mancha da famosa marca, independentemente da presença ou ausência de confusão real ou provável, de concorrência ou de prejuízo econômico real. (...) ‘Diluição por borrão’ é associação decorrente da semelhança entre uma marca ou nome comercial e uma marca famosa que prejudica a distinção da famosa marca. (...) ‘Diluição por mancha’ é associação decorrente da semelhança entre uma marca ou nome comercial e uma marca famosa que prejudica a reputação da famosa marca.

Para a legislação norte-americana, pois, a marca precisa ser famosa e distintiva para ser protegida contra diluição; e essa proteção pode ser outorgada mesmo na ausência de real ou potencial confusão, de concorrência, ou de real dano econômico (“...of actual or likely confusion, of competition, or of actual economic injury”).

Na legislação brasileira, o art. 130 da LPI não exige a condição prévia de fama ou distintividade, já que mesmo marcas depositadas e ainda não registradas (portanto não necessariamente famosas) podem ser protegidas. Boa parte da doutrina, porém, indica que, para que uma marca seja protegida pela teoria da diluição, ela deve no mínimo ter um caráter distintivo. Segundo Filipe Fonteles Cabral (2002):

[S]e um comerciante opta por adotar como marca um sinal igual ou semelhante ao de terceiros, sob o abrigo do princípio da novidade relativa, reduzido será seu poder de ação contra a diluição de seu bem imaterial (que já nasce ofuscado). Na mesma linha, se o sinal sob exame é famoso, maior será a sua associação com a fonte do produto ou serviço pelo público, e maior será o prejuízo causado pela diluição.

Assim, a diluição de marca nada mais é do que a destruição gradual do poder de atração, ou ainda banalização, de determinada marca, prejudicando a sua distintividade perante o mercado.

Portanto, ao imitar os elementos que compõem a identidade visual de uma marca, a que concorrente desleal acaba por corroer a distintividade e aniquila a automática associação que os consumidores fazem entre a marca com os seus produtos, o que afeta o poder de venda e diminui consideravelmente o valor de mercado do ativo.

Sobre este fenômeno, a melhor doutrina ensina que:

O efeito da diluição de marca é a diminuição do poder de venda do sinal distintivo, seja pela lesão à unicidade, à consistência no uso ou à sua reputação. (...) a doutrina reconhece três tipos de diluição: a maculação (tarnishment), a ofuscação (blurring) e a adulteração da marca (...). A ofuscação consiste na perda do “brilho” ou da força distintiva de uma marca. É entendida como uma violação à unicidade do sinal, a partir do momento em que uma mesma expressão passa a identificar produtos de fontes diversas. É importante destacar que, em casos de ofuscação, não é relevante a possibilidade de confusão entre as marcas ou suas fontes. A questão que se impõe soberana é

a proteção ao bem jurídico contra a perda da sua força distintiva, presente na unicidade do sinal<sup>92</sup>.

Tal ensinamento, naturalmente, se aplica a toda criação do intelecto, de modo que o logotipo de determinada grife e o conceito de sua coleção, ainda que não registrados, irão perder sua unicidade perante o público consumidor, sofrendo os mesmos prejuízos que uma marca registrada.

Segundo Denis Borges Barbosa (2014, p. 256), neste mesmo sentido, a relação entre a diluição e a conduta parasitária “a doutrina sustenta que, ainda que o competidor parasitário não cause quebra da boa fama do titular originário, restaria o enfraquecimento do signo pelo watering (diluição) de sua distintividade”.

Portanto, quanto maior for o grau de reconhecimento da marca, maior será o risco de diluição.

Há várias modalidades de diluição:

A diluição por “blurring” (ou o ato de tornar indistinto, de turvar, de tolher a nitidez ou ofuscar) ocorre quando uma marca similar a outra passa a ser usada – não necessariamente na mesma classe de produtos ou serviços – e causa a perda da unicidade da marca original. De fato, quando várias marcas iguais ou semelhantes são usadas no mercado, mesmo que seja para distinguir produtos ou serviços diferentes, elas perdem a distintividade, a unicidade que as torna valiosas perante o público consumidor.

A diluição por “tarnishment” (ou o ato de manchar, deslustrar, macular) ocorre quando o uso de uma marca similar mancha, macula ou desdoura a reputação, a integridade moral ou o bom nome da marca original. Neste caso, também, não é necessário que a marca similar compita na mesma classe da marca original.

Portanto estas hipóteses de diluição podem ocorrer mesmo na ausência de risco de confusão, relação concorrencial ou dano econômico real. A própria alteração de 2006 do Lanham Act prevê expressamente que “não há necessidade de prova de ocorrência concreta da diluição de uma marca, bastando à revelação de evidências quanto ao risco de que ela ocorra.” (BRAGA, 2016, p. 22/25)

O terceiro tipo de diluição seria o da “adulteração” de marca alheia conhecida, praticado pelo “free rider” (ou o praticante de aproveitamento parasitário), isto é, aquele que imita uma marca mais conhecida, mesmo que não seja concorrente no mercado. Na adulteração, o terceiro usa o sinal original em formatação diversa prejudicando a fixação de uma imagem única junto ao público consumidor e afetando indiretamente a

---

<sup>92</sup> IDS, in Comentários à Lei da Propriedade Industrial, 2ª Edição, p. 260/261, 2005.

distintividade do signo original. A justificativa para repressão desse tipo de comportamento parasitário baseia-se na ideia de que os investimentos feitos na criação e divulgação de uma marca não deveriam ser prejudicados por aqueles que queiram se aproveitar do trabalho alheio na construção de uma reputação.

Segundo José Carlos Tinoco Soares (2018, p. 46) "só se caracteriza a diluição de uma marca quando a outra marca igual ou semelhante é usada em produtos ou serviços diferentes; em se tratando de produtos da mesma classe, configura-se somente violação de marca."

### **4.3 Distintividade Inata e Adquirida**

Conforme ensina Denis Borges Barbosa (2011, p. 44/47), ao tratar da distintividade de um sinal marcário, observa:

Esta distintividade resulta de dois fatores:

- O efeito da criação originária da marca
- O efeito do investimento publicitário e do tempo.

(...)

A distinguibilidade é uma questão de grau, não de substância – há um ponto em que uma marca pode surgir na sensibilidade do público como distinta, separada, característica do que todo mundo já usa e pode usar em face do objeto simbolizado.

O reconhecimento da possibilidade de aquisição de uma distintividade quando ela não existiria originalmente, tem amparo no art. 6 quinquies da CUP, que, no item C.1 estabelece: "Para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca." Tem, igualmente, previsão expressa no art. 15.1. do TRIPS, que assim determina:

(...) Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. (...).

A esta distintividade adquirida pelo uso se dá o nome de significação secundária, do inglês secondary meaning. Lélío Denicoli Schmidt (2013, p. 127) a define de forma clara:

Secondary meaning é um fenômeno que faz com que um signo comum, originalmente desprovido de distintividade, adquira pelo

uso empresarial a capacidade de identificar e diferenciar um produto ou serviço de outro se tornando passível de proteção como marca.

O fenômeno da distintividade adquirida não fica restrito ao âmbito das marcas, podendo aplicar-se igualmente ao trade dress (portanto a sinais não necessariamente registráveis). Assim também se pronuncia Denis Borges Barbosa (2011, p. 179):

O que este fenômeno tem em comum com o instituto do trade dress é sua natureza fenomênica: sua natureza juscriadora resulta de práticas simbólicas da atividade de mercado. Como, no sistema brasileiro, não há registro de trade dress, ou seja, de emprestar-lhe exclusividade, não se cuida de exigir, para a proteção pela concorrência desleal, que se comprove que tal elemento tenha adquirido significação secundária.

#### **4.4 Teoria da Distância**

A teoria da distância pretende justificar que, em um mercado em que existem várias marcas semelhantes em determinado ramo, uma nova marca igualmente semelhante, no mesmo ramo, pode coexistir sem causar embaraços. Na clara explicação de Lélío Denicoli Schmidt (2013, p. 263):

Seu postulado consiste no princípio segundo o qual a análise de colidência entre duas marcas deve levar em consideração o maior ou menor grau de distintividade que elas possuem, quando comparadas com as demais marcas já existentes em seu segmento. A possibilidade ou não de confusão é estabelecida não só com base no nível de semelhança que as marcas ditas como colidentes observam entre si, mas também na similaridade que têm com as demais marcas de seu ramo de atividade.

A teoria da distância representa, de certa forma, uma contrapartida à repressão da diluição por blurring. A aplicabilidade da repressão à diluição depende – como visto – do grau de distintividade intrínseca, ou de “fama” (no sentido genérico) da marca, e aplica-se ao uso de marcas semelhantes em outros ramos de atividade. Já a teoria da distância aplica-se igualmente na hipótese em que tanto a marca pré-existente como a marca nova são relativamente comuns, ou pouco distintivas ou pouco conhecidas, e coexiste no mesmo ramo de atividade. Neste caso, ainda nas palavras de Lélío Denicoli Schmidt (2013, p. 265), “o grau de distintividade passa a ser examinado não só de forma isolada, em sua estrutura interna, mas também de maneira conjunta, tendo como pano de fundo as demais marcas já existentes em seu nicho de mercado.”

No caso, a coexistência das marcas – de todas as marcas citadas no quadro acima – se impõe pelo fenômeno estudado pela doutrina alemã sob o nome de “teoria da distância” e amplamente aplicado na análise da colidência de marcas e no campo da concorrência desleal.

A teoria defende que é ilógico e injusto exigir que marcas novas sejam criadas com um grau de diferenciação (“distância”) maior do que as já existentes, pertencentes a titulares diferentes, guardam entre si. Geert w. Seelig (1965, p. 389), um dos autores que melhor estudou a teoria, assim resume o seu fundamento:

Frequentemente, marcas idênticas ou similares são utilizadas em campos de atividades idênticas ou afins. Em geral, o público consumidor está habituado à coexistência destas marcas e presta maior atenção às diferenças existentes entre elas. Se, por sua vez, novas marcas parecidas vêm se juntar às antigas, o público não as confundirá com aquelas já existentes porque já está habituado a prestar atenção às suas diferenças, mesmo que fracas, e sabe por consequência distingui-las. A consequência desse processo é que o risco de confusão entre as marcas diminui. Se as marcas, então apresentavam um perigo real de confusão, esta possibilidade está agora excluída e o risco inicial descartado.

Com base nessa teoria não seria possível exigir que as novas marcas guardassem um afastamento desproporcional com relação ao grupo de marcas já reconhecidamente aceito no mercado.

Em resumo, a teoria da distância defende que, se duas marcas relativamente semelhantes coexistem no mesmo ramo, uma terceira marca igualmente semelhante e no mesmo ramo poderá também coexistir desde que a terceira marca guarde da segunda uma distância igual ou maior do que aquela existente entre a segunda e a primeira.

#### **4.5 Função econômica e semiológica da marca**

Além de uma função jurídica, a marca também tem uma função econômica, como explica Barbosa (2003, p. 36):

enquanto a patente tem por especial finalidade dinamizar o desenvolvimento de um determinado país, a marca segue por seara diversa, posto que, em sua essência, numa atuação no campo do comércio vista sob uma angulação de interesse público, ela defende, prioritariamente, o consumidor impedindo confusões, e, no aspecto privado, possibilita o combate do titular à concorrência desleal.

A marca, ainda, antes de um valor na concorrência ou objeto de propriedade, é um símbolo, que tem um uso social, aqui incluído um compromisso com a utilidade, veracidade e, também, licitude. A marca é, portanto, um sinal visualmente representado, configurado, como já acima explicitado, para o fim específico de distinguir a origem de produtos e serviços.

Entende-se, ainda, que “a propriedade sobre a marca não se exerce sobre o signo, mas sobre seu uso no mercado. E essa propriedade tem um fim específico, que é o de garantir o retorno do investimento na imagem do produto ou serviço em questão, ou na sua qualidade.” (BARBOSA, 2008, p. 230).

Ou seja, além de uma garantia de investimento do produto ou serviço, a marca também pode ser usada como merchandising, momento em que passa a ser associada a imagens específicas. É o que também explica o professor Denis Borges Barbosa (2008, p. 57):

Outro processo significativo de grande importância é o uso da marca como merchandising. No caso, a marca já não assinala produto ou serviço, no âmbito de sua especialidade, mas evoca imagens e associações em geral, como o fazem as imagens de personalidades, as criações do direito autoral, etc.

Por conta disso, a marca, além de um signo suscetível de representação visual, criado para distinção de um produto ou serviço, tem também outras funções, tais como (i) a garantia do retorno do investimento realizado naquele produto ou serviço, ou até mesmo em sua qualidade; (ii) a evocação de uma imagem e símbolos, relacionados às criações de direito autoral vinculadas às marcas registradas.

Com efeito, “o signo, enquanto sinal distintivo, é protegido diretamente, mas o efetivo valor econômico, cuja proteção é indireta, são as informações relacionadas ao signo, as quais são objeto de grande esforço, investimento e cuidado por parte do seu titular.” (BARBOSA, 2009, p. 151.).

## **5. Trade Dress ou Conjunto-Imagem**

Sem sombra de dúvidas, a marca é o sinal distintivo da origem dos produtos. Porém, não raras são às vezes em que os consumidores identificam os produtos por outros. Quase a totalidade de produtos que compramos possui uma aparência exterior muito característica que com o tempo passa a ser reconhecida pelos consumidores.

A extensão da proteção aos sinais distintivos das empresas evoluiu de forma a abranger também um conjunto grande e amorfo de configurações visuais, que, na legislação e jurisprudência norte-americanas, passou a ser denominado trade dress.

No Brasil, José Carlos Tinoco Soares (2016, p. 5), ao estudar o fenômeno, cunhou a expressão “conjunto-imagem”, que passou a ser usada em nossa doutrina e jurisprudência (nem sempre de forma correta):

E, assim, o trade dress, que para nós é o “conjunto-imagem”, significa a imagem total ou a aparência geral de um produto ou serviço, incluindo, mas não limitado a, desenho da embalagem, rótulos, recipientes, mostruários, decoração, o desenho do produto, a característica do produto ou a combinação das características do produto, não devendo o trade dress ser protegido sob essa forma se, eventualmente, for funcional. (...)

Dê-se mais uma vez o devido ênfase: o trade dress é a imagem total do produto ou do serviço, e, não às suas partes. (...)

Toda e qualquer violação ao trade dress e/ou “conjunto-imagem”, por NÃO existir nenhuma modalidade de “registro” para essa finalidade, está amparada pelo vasto campo da Concorrência Desleal que, por sua vez, se encontra alicerçada pelo USO da total imagem ou a aparência geral, e NÃO as suas particularidades, porém, deve ser também inerentemente distintivo e, por derradeiro não funcional.

Gustavo Piva de Andrade (2011, p. 10) concorda no sentido de que é a “impressão de conjunto” que é passível de proteção:

O ponto nodal de qualquer disputa do gênero, portanto, não trata da adoção de um ou outro elemento, mas, sim, da impressão de conjunto resultante da reunião de todos os elementos contidos no trade dress. Como resultado, tem-se que a conduta ilícita resulta não da imitação de um elemento isolado, mas da lista de “coincidências” que, juntas, fazem com que a vestimenta comercial do produto entrante não guarde suficiente distintividade em relação à vestimenta do produto original. (...)

Como o que importa é a impressão de conjunto, o fato de determinado trade dress possuir alguns elementos de uso comum em nada altera a prerrogativa do titular de reivindicar proteção sobre a aparência total da sua vestimenta.

Nos EUA, originariamente o trade dress limitava-se à embalagem do produto, mas os tribunais foram desenvolvendo o conceito de forma a envolver toda a imagem do mesmo, incluindo a sua forma, tamanho, cor, combinações de cor, textura, etc. que, no seu



conjunto e usados de determinada forma, são capazes de identificar a origem dos produtos.

Atualmente, no mercado de consumo global é usual que a identificação de determinados produtos pelo consumidor seja resultado de sua percepção visual, o que relega a marca correlata a um patamar com potencial diferenciador secundário. Segundo anota Vinícius de Almeida Xavier (2015, p. 251), "em específicas situações, a identificação a determinado produto ou serviço não se dá pela marca, e sim por um conjunto de elementos visuais ou expressões que adquirem tamanha função diferenciadora que assumem a distintividade."

O trade dress (conjunto-imagem) é, portanto, a denominação conferida ao conjunto de características visuais que forma a aparência geral de um produto. Consoante ensinamento de Barbosa (2009, p. 56), "por trade dress podemos entender o conjunto de cores, a forma estética, os elementos que compõem a aparência externa, como o formato ou apresentação de um produto, estabelecimento ou serviço, suscetível de criar a imagem-de-marca de um produto em seu aspecto sensível."

Originalmente, trade dress foi associado à configuração visual de embalagens de produtos e de ambientes internos e externos de estabelecimentos comerciais. Atualmente, entretanto, outras configurações visuais usadas no comércio passaram a ser protegidas como trade dress, contra concorrência desleal. Entre essas outras configurações podem-se incluir a publicidade e os websites.

Assim, com o aumento do comércio internacional, catapultado pela popularização da rede mundial de computadores, os tribunais e a doutrina, tanto brasileira como internacional têm buscado meios de coibir as práticas comerciais desleais, abarcando também à proteção dos conjuntos-imagem, com destaque aos produtos mundialmente famosos, devido o seu elevado grau distintivo, o que acarretou na tutela jurídica do trade dress.

Esse inclusive é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme destacado na ocasião do julgamento do REsp 1.677.787/SC:

A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao trade dress, é inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua usurpação encontra óbice na repressão da concorrência desleal. Incidência de normas de direito de propriedade industrial, de direito do consumidor e do Código Civil.

Tal entendimento se coaduna com a Convenção da União de Paris (promulgada no Brasil pelo Dec. 75.572/75), que estabelece em seu art. 10 bis, '1', que os países signatários devem se obrigar a assegurar "proteção efetiva contra a concorrência desleal", compreendida como "qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial" (art. 10 bis, '2').

Continuamente, o diploma reza que "todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente" devem ser especialmente proibidos (art. 10 bis, '3', 1º).

Igualmente, a Constituição Federal impõe ao legislador o dever de assegurar "proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" (art. 5º, XXIX). Logo, se o trade dress possui a capacidade de distinguir determinado produto ou serviço dos seus competidores deve ser objeto da tutela jurídica estatal.

No âmbito infraconstitucional, a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) veicula normas específicas destinadas à inibição da concorrência desleal, cuja finalidade é justamente evitar o aproveitamento indevido de conjunto-imagem causando confusão entre produtos ou serviços concorrentes.

Destaca-se também que a norma que garante a liberdade de concorrência (estabelecida pelos arts. 170, IV, e 173, § 4º, da Constituição da República) não é capaz de tutelar os interesses daquele que pratica atos de concorrência desleal.

A livre concorrência esbarra nos limites da ética, lealdade e boa-fé, bem como nos direitos dos demais concorrentes. Acerca da matéria, vale lembrar a lição doutrinária de Gama Cerqueira (2012, p. 147):

A livre concorrência econômica é consequência da liberdade de comércio e indústria, e age como elemento do progresso econômico de cada país. Mas degenera, transformando-se em agente perturbador desse progresso, quando os comerciantes e industriais, no afã de vencerem seus competidores, lançam mão de práticas e métodos ilícitos ou desleais. Daí a necessidade da intervenção do Estado para regulamentar a concorrência, coibindo os abusos da liberdade individual e mantendo a livre concorrência dentro de seus limites naturais.

A concorrência desleal se caracteriza pela prática de atos tendentes a atrair ou desviar, indevidamente, provocando dúvida ou erro, ao público consumidor e lesando o proprietário do produto contrafeito.

Ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor, ainda que sob ótica distinta daquela da LPI, constitui instrumento que alberga normas que podem ser aplicadas para proteção do trade dress, conforme se depreende da interpretação de seus arts. 4º, VI, 6º, III e IV.

Isso porque a confusão gerada pela utilização de signos distintivos alheios lesa os consumidores, ferindo seu direito de livre escolha e violando princípios consumeristas fundamentais.

### **5.1 O Trade Dress na Indústria da Moda**

A originalidade na indústria da moda pode ser definida por vários fatores: forma, textura, linhas, cores, materiais, ornamentação, sua própria embalagem ou até modo de acondicionamento.

É interessante destacar que para a moda, tanto a função técnica ou de uma função estética alteram o vestuário. A função técnica se destina à produção de um certo resultado prático, isto é, quando a forma ou características do produto estão subordinadas à resolução de um problema técnico. Contudo, qualquer produto, ainda que tenha uma função essencialmente técnica, pode ser valorizado se tiver uma determinada aparência estética, já que se o produto for atraente dará ao consumidor mais vontade de usá-lo e de adquiri-lo. Esta é a função estética de um produto, uma vertente estética que confere valor intelectual acrescentado de um produto.

Além das funções técnica e estética, há também a função distintiva ou identificadora. Muitas vezes, a semelhança entre produtos é tanta, de modo que o consumidor apenas consegue distinguir produtos por meio de suas marcas.

Assim, essas três funções podem ser protegidas pelo Direito da Propriedade Intelectual: a função técnica por meio das patentes ou modelos de utilidade; a função estética por meio do direito de autor e via desenhos ou modelos; e, por fim, a função distintiva, através da proteção concedida aos sinais distintivos, mormente, as marcas, que são o sinal distintivo de produtos e serviços por excelência.

Além das proteções acima citadas, caso a aparência de um produto não se consiga qualificar como passível de proteção por alguma destas três funções, subsidiariamente, podemos em alternativa recorrer à disciplina da concorrência desleal, embora esta proteção não conceda um direito de exclusivo ao titular da aparência do produto e sendo, por isso, uma proteção residual e indireta.

Em suma, a aparência de um produto pode então ser protegida, em suma, diretamente pela via dos instrumentos fornecidos pela Lei de Propriedade Industrial ou pela via do Direito Autoral, ou subsidiariamente, pela via do combate à concorrência desleal. Por aqui, nota-se a diferença entre essas proteções, já que enquanto a Lei de Propriedade Industrial e o Direito Autoral têm como objetivo incentivar e remunerar a criatividade; o combate à concorrência desleal visa coibir práticas anticoncorrenciais, embora tenha como efeito reflexo proteger a prestação criativa.

A aparência dos produtos é um dos fatores que mais influencia nas escolhas dos consumidores, isso porque esse fator é espontâneo e intuitivo, e muitas vezes são sopesadas em face do preço, da qualidade ou da funcionalidade. Afinal, o que gera o interesse não foram esses fatores, mas sim a aparência do produto.

No que toca à moda, a importância do fator estético nas escolhas dos consumidores é ainda mais intensa. Ao fim e ao cabo, é sabido que a moda envolve também o consumo por status de bens de luxo, motivados por fatores internos e externos. Como fatores internos citem-se como principais o hedonismo e o perfeccionismo. O hedonismo é aquele em que existem ganhos emocionais pelo consumo. Já o perfeccionismo, quando o consumidor possui o desejo pela qualidade acima do padrão. Por outro lado, como efeito externo aponta-se o efeito Veblen, o efeito esnobe, e o efeito adesão. O efeito Veblen é aquele relacionado à compra de bens ostensivos para demonstrar status social. O esnobe está relacionado à motivação pelo consumo de itens raros e exclusivos. Por fim, o efeito de adesão tem como intuito adquirir prestígio em determinada camada social.

Uma das finalidades da indústria da moda é a de que uma pessoa transmita uma mensagem sem se comunicar expressamente com as outras pessoas através da sua imagem e aparência, exprimindo um determinado estilo de vida ou classe social.

## **6. Combate à concorrência desleal**

A concorrência desleal é uma conduta quase tão antiga como o comércio, e com a sofisticação do mercado e dos atos de comércio, a concorrência desleal também acompanhou essa evolução. A respeito da evolução histórica da repressão aos atos de concorrência desleal e sua ligação com o próprio Direito Comercial, ensina Fábio Konder Comparato (1967, p. 913/915):

Analisada à luz de seu desenvolvimento histórico, pode-se dizer que a evolução do Direito Comercial desdobrou-se em quatro etapas. Na primeira fase de sua história o chamado período italiano, que vai dos albores do século XII até as primeiras sínteses doutrinárias de Stracca e Scaccia o direito Comercial apresenta-se num invólucro corporativo, como o estatuto próprio dos mercadores matriculados

nas Corporações de Ofícios. A esta primeira fase sucede o chamado período mercantilista, que se desenvolve até a codificação napoleônica, período no qual o Estado faz-se também comerciante, substituído à tutela das corporações medievais a sua atuação onipresente. A Revolução Francesa e a obra institucionalizadora de Bonaparte inauguram o terceiro período, com o triunfo do liberalismo econômico, prolongado até o término da Grande Guerra de 1914-1918, que representou o verdadeiro encerramento do século XIX. A partir de então, entramos na fase atual de economia dirigida, não só no plano nacional, como também no campo das relações internacionais.

Conforme salientou Ascarelli, não se poder dizer que nos dois primeiros períodos da evolução histórica do Direito Comercial o problema da disciplina da concorrência não se pusesse. O que sucedia é que esta disciplina era feita num momento anterior ao exercício de atividade econômica, precisamente no momento em que os candidatos ao exercício da mercancia requeriam sua matrícula nas Corporações de ofícios, ou rogavam a autorização estatal para se estabelecerem. E a História nos ensina que a disciplina assim feita nem sempre estava isenta de protecionismos e favoritismos, e que o critério político-pessoal quase sempre sobrepairava sobre o critério objetivo de regulamentação das atividades econômicas.

Mas é a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de solução jurídica. Pôsto o princípio da liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízo da própria concorrência. Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse; que as regras do jogo fossem respeitadas.

Nascia daí um conjunto de normas específicas, no bôjo do Direito Comercial, cujo fundamento era a princípio a defesa dos interesses dos próprios comerciantes.

O Direito Comercial atual, conservando e aperfeiçoando êste conjunto de normas herdadas do liberalismo econômico tem, no entanto, procurado dar-lhes novo significado e alcance: o legislador hodierno preocupa-se antes de tudo com a proteção do próprio consumidor, e não apenas com a disciplina da liberdade dos concorrentes.

Ora, este conjunto de normas disciplinares da concorrência é de dois tipos. Procura-se de um lado, atribuir a certos comerciantes o direito de exploração exclusiva de determinados bens econômicos de sua criação ou aquisição, com a concessão de privilégios: é o chamado direito da propriedade industrial. Porfia-se, de outro lado, em estabelecer medidas disciplinadoras da concorrência, através da repressão à prática de atos ditos de concorrência desleal (...).

Pela legislação atual, toda a matéria relativa à proteção da propriedade intelectual, encontra-se o princípio de repressão à concorrência desleal, sendo as leis particulares sobre patentes de invenção, marcas, nomes comerciais, desenhos industriais, direitos autorais e outros, apenas manifestações específicas daquele princípio, propondo Gama Cerqueira a definição da Propriedade Industrial como "o conjunto dos institutos jurídicos que tem por fim prevenir a concorrência desleal no comércio e na indústria" (2012, p. 79).

Acrescenta o saudoso mestre que:

Na base das leis particulares da propriedade industrial, a que acima aludimos, encontra-se o princípio ético da repressão da concorrência desleal comum a toda a matéria. É esse princípio que informa àquelas leis que são, no fundo, leis contra a concorrência desleal no campo do comércio e da indústria, como, em outra esfera as leis do mesmo caráter que protegem a propriedade literária e artística.

A proteção que se pode obter contra atos desta espécie, portanto, situam-se quer no âmbito da repressão geral à concorrência desleal quer na repressão às violações dos direitos específicos de propriedade industrial. Deste modo, tanto o fundamento de violação aos direitos reconhecidos de propriedade industrial, quanto o de prática de atos de concorrência desleal, quando aquele não for aplicável, podem servir de suporte à ação para fazer cessar ou alterar a situação que cause prejuízos em decorrência de atos que não se coadunem com as práticas honestas em matéria comercial ou industrial.

Assim, ao defrontarmos-nos com as violações no campo da propriedade industrial, *latu sensu*, podemos considerá-las como violações específicas aos direitos de propriedade industrial assegurados legalmente ou, de modo mais amplo, na esfera da responsabilidade civil, como atos de concorrência desleal, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre produtos e artigos postos no comércio (Art. 195, III, da Lei nº 9.279/96).

Por essa razão a jurisprudência admite a condenação por danos materiais e morais quando os produtos contrafeitos circulam, permitindo que a marca sofra os efeitos

deletérios da compra por consumidores que pensam estar adquirindo produtos verdadeiros que não se revestem da qualidade ínsita aos que pela titular são fabricados.

E, excepcionalmente, se tem admitido a condenação por danos materiais e morais independentemente de os produtos terem circulado subsumindo-se o efeito negativo e constrangedor de saber a que os produtos seriam vendidos aos milhares sem a qualidade pela qual tanto prima a detentora da marca e que com o esforço de anos acabou conquistando junto aos consumidores.

Ademais, no julgamento do Resp nº 466.761 decidiu-se que:

... a indenização por danos materiais não possui como fundamento a 'comercialização do produto falsificado', mas a 'vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca', levadas a cabo pela prática de falsificação. De fato, aquele que estaria disposto a comprar, por uma soma considerável, produto exclusivo, elaborado pelo titular da marca em atenção a diversos padrões de qualidade, durabilidade e segurança, não mais o faria se tal produto fosse vulgarizado por meio de uma falsificação generalizada<sup>93</sup>.

Não se olvida que no que toca aos danos materiais, a Lei de Propriedade Industrial, no artigo 190, eleva, entre outras, a conduta de vender, oferecer ou expor à venda produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada de outrem à categoria de tipo penal.

Por sua vez, os danos morais podem ser suportados pela pessoa jurídica, sendo que a contrafação das mercadorias gera, por si só, danos à imagem do titular da marca atentando contra os seus valores mais "caros" e intangíveis que foram construídos ao longo de sua estória no mundo da moda.

Sobre o tema a jurisprudência das Câmaras de Direito Empresarial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem decidido que, comprovada a prática de contrafação, o dano moral se verifica *in re ipsa*, nascendo o dever de indenizar no próprio ato violador. Nesse sentido:

**AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. INDENIZAÇÃO.** Contrafação de produtos da marca Louis Vuitton. Ausência de perícia técnica que não macula o reconhecimento da falsidade. Procedimento administrativo instaurado pela Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos que é suficiente a este fim.

<sup>93</sup> STJ. Resp 466.761/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03/04/2003, DJe 04/08/2003.

Danos morais presumidos. A tão só contrafação evidencia o uso indevido da marca de titularidade das apeladas, que detêm o direito a uso exclusivo, o que gera um dano por si só (in re ipsa). Precedentes. Apreensão dos produtos contrafeitos pelo serviço de alfândega que não ilide a responsabilidade dos apelantes. Mercadorias que não entraram em circulação por circunstâncias alheias à sua vontade. Indenização fixada em R\$ 10.000,00 a ser paga solidariamente pelos apelantes, que se mostra razoável. Sentença mantida. Recurso desprovido<sup>94</sup>; e

Propriedade Industrial. Marca. Ação de obrigação de não fazer c.c. perdas e danos. Autora que comprovou ser titular, entre outras, da marca "Dudalina". Ré que comercializava mercadorias falsificadas em seu estabelecimento comercial. Contrafação e comercialização irregular que sequer foram impugnadas em sede de contestação ou nas razões recursais. Mera alegação de inexistência de má-fé na conduta que, por si só, não é capaz de alterar o resultado da demanda. Mercadoria adquirida em região de comércio popular e revendida a preço irrisório. Ato ilícito configurado. Dano material adequadamente arbitrado. Dano in re ipsa. Valor da indenização por dano moral (R\$ 10 mil) que não é excessivo ou ilegal. Majoração dos honorários advocatícios de sucumbência (art. 85, § 11 do CPC/2015). Sentença mantida. Recurso desprovido<sup>95</sup>.

Assim, os danos morais são presumidos, mostrando-se desnecessária a prova, considerando-se os prejuízos in re ipsa.

Em relação à apuração do "quantum" Gama Cerqueira (2010, p. 129/131) leciona:

Os delitos de contrafação de marcas registradas lesam forçosamente o patrimônio do seu possuidor, constituindo uma das formas mais perigosas da concorrência desleal, tanto que as leis, em todos os países destacam-na como delito específico. Frequentemente, porém, verifica-se que, não obstante a contrafação, os lucros do titular da marca não diminuem, mantendo-se no mesmo nível ou na mesma

94 TJSP; Apelação Cível 0035537-65.2003.8.26.0224; Relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2016; Data de Registro: 12/09/2016.

95 TJSP; Apelação Cível 0004831-10.2015.8.26.0441; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Peruíbe - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/08/2017; Data de Registro: 03/08/2017.



progressão, não sendo raros os casos em que se verifica o seu aumento.

Não se deve concluir, entretanto, só por esse fato, que a contrafação não tenha causado prejuízos, porque estes não se revelam, necessariamente, na diminuição dos lucros ou na sua estabilização em determinado nível. O que o bom senso indica é que o dono da marca realizaria lucros ainda maiores, se não sofresse a concorrência criminosa do contrafator. É preciso ter em vista que, reproduzindo ou imitando a marca legítima, o contrafator, graças à confusão criada para iludir o consumidor, consegue vender os seus produtos, o que leva à presunção de que as vendas por ela realizadas teriam desfalcado o montante das vendas do dono da marca.

Por outro lado, o titular do registro vê-se obrigado a tomar providências especiais para neutralizar os efeitos da concorrência criminosa, prevenindo a sua clientela, intensificando a propaganda dos seus artigos, dispensando maiores cuidados ao setor ameaçado de sua indústria ou comércio.

Mas, se pelas suas oportunas medidas, ou pela sua diligencia e trabalho, consegue atenuar ou mesmo anular os prejuízos resultantes da contrafação, esse fato não deve ser interpretado em benefício do infrator, para isentá-lo de responsabilidade, sob o especioso fundamento de não ter havido prejuízos, permitindo-lhe, ainda, locupletar-se com os frutos de sua ação criminosa.

A simples violação do direito obriga a satisfação do dano, na forma do art. 159, do CC, não sendo pois, necessário, a nosso ver, que o autor faça a prova dos prejuízos no curso da ação. Verificada a infração, a ação deve ser julgada procedente, condenando-se o réu a indenizar os danos emergentes e os lucros cessantes (CC, art. 1.059), que se apurarem na execução. E não havendo elementos que bastem para se fixar o "quantum" dos prejuízos sofridos, a indenização deverá ser fixada por meio de arbitramento, de acordo com o art. 1.553, do CC.

Logo, aquele que viola os direitos de propriedade possui a obrigação de reparar os danos causados ao titular do direito, pelo uso indevido da marca, patentes, signos e dísticos, uma vez que violados os direitos oriundos da propriedade intelectual.

## **7. Confusão e concorrência desleal**

A confusão para efeitos de concorrência desleal se caracteriza, conforme o art. 10 bis da CUP, como: "atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou atividade industrial ou comercial de um concorrente". Por sua vez, o inciso IV do art. 195 da LPI representa a confusão como expressão ou sinal de propaganda alheia, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos.

Quando se trata de mera cópia idêntica de sinal distintivo alheio, não há necessidade de comprovação de confusão perante o consumidor para caracterizar o crime. Nesse caso, a confusão é presumida. Já na hipótese de imitação de sinal alheio, é necessária a possibilidade de confusão entre o sinal que está sendo imitado ou comparado. Nas palavras de Gustavo Piva de Andrade (2011, p. 12) "embora provas materiais de confusão sejam interessantes para caracterizar a infração, o ato fraudulento se consuma com a possibilidade de confusão entre os produtos ou estabelecimentos."

O art. 10 bis da CUP cita os "atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão". "Suscetível" significa "ser capaz de". Portanto não há necessidade de provar que tenha havido, efetivamente, confusão; basta que exista a possibilidade, a suscetibilidade, de ocorrência de confusão.

Quanto à maneira de se detectar a possibilidade de confusão, Gama Cerqueira (2010, p. 50/51), ao comentar o art. 95, item 17º do Código da Propriedade Industrial de 1945 (Decreto-Lei n. 7.903, de 27/08/1945), esclarece:

Entre estas regras encontra-se, em primeiro lugar, a do art. 95 n. 17, do Código de Propriedade Industrial, segundo a qual se considera existente a possibilidade de erro ou confusão, sempre que as diferenças entre as marcas não se evidenciem sem exame ou confrontação.

Deste preceito se deduzem três princípios da maior importância no assunto:

1º, as marcas não devem ser confrontadas e comparadas, mas apreciadas sucessivamente, a fim de se verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra;

2º, as marcas devem ser apreciadas, tendo-se em vista não as suas diferenças, mas as suas semelhanças;

3º, finalmente, deve-se decidir pela impressão de conjunto das marcas e não pelos seus detalhes.

(...)

Estes princípios podem resumir-se numa regra geral, que vem a ser a seguinte: a possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas, quando examinadas sucessivamente, sem apurar as suas diferenças, levando-se em conta não só o grau de atenção do consumidor comum e as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto como também a sua natureza e o meio em que o seu consumo é habitual.

É notável como esse texto, posto que escrito haja, continua plenamente aplicável aos nossos dias.

Ademais, vale a pena também ressaltar a lição de Celso Delmanto (1975, p. 88) ao tratar da confundibilidade no âmbito do ilícito denominado desvio fraudulento de clientela:

O julgamento da confundibilidade far-se-á pela experiência natural de quem os vê. Deve ter-se em mira a impressão geral que o produto dá aos adquirentes e, com base nela, aferir-se a probabilidade de confusão de fato entre os produtos. O julgador, colocando-se ele próprio como se fosse um consumidor normal – e não um técnico minucioso ou perito atento – deve primeiramente olhar o artigo imitado em seu aspecto geral, de conjunto, e não em suas particularidades separadas, menosprezando os elementos secundários desprovidos de caráter individualizante; olhar, depois, o artigo imitante, para ver se a impressão dada por ele lembra a do outro. Não se deve examiná-los lado a lado, já que o consumidor quase nunca os vê nessa situação.

### **7.1 Concorrência parasitária, aproveitamento parasitário e enriquecimento sem causa**

Em resumo, a teoria da distância defende que, se duas marcas relativamente semelhantes coexistem no mesmo ramo, uma terceira marca igualmente semelhante e no mesmo ramo poderá também coexistir desde que a terceira marca guarde da segunda uma distância igual ou maior do que aquela existente entre a segunda e a primeira.

Pode ser considerada também uma espécie do gênero concorrência desleal. Na definição de Barbosa (2009, p. 79):

Note-se, porém, que a cópia de aspectos técnicos ou funcionais, quando tais aspectos não são protegidos por patente ou outro direito de exclusiva, não é ilícita. (...) Mas é ilícita irremissível e sem qualquer justificativa razoável o parasitismo confusivo. O parasitismo

será sempre concorrência desleal, quando constatado neste ato o potencial de confusão ou indevida associação entre produtos, serviços ou estabelecimentos de origens distintas.

(...)

Este autor, com o que reputa ser a melhor doutrina, considera como parasitismo a concorrência desleal através da cópia servil quando feita:

- sistematicamente; e
- com intuito de confundir a clientela.

No aproveitamento parasitário ele aproveita-se de um bem intelectual ou do renome de um terceiro, sem que haja concorrência entre os produtos ou serviços das empresas.

Aqui, pois, não há, necessariamente, desvio de clientela da vítima, que não é sua concorrente, mas há um aproveitamento do trabalho e do bom conceito da vítima, e, portanto, enriquecimento ilícito originado do esforço e investimento alheio. Este tipo de ilícito pode ser considerado, pois, uma espécie do gênero enriquecimento sem causa.

O aproveitamento parasitário, mesmo não pressupondo a existência de concorrência entre o aproveitador e a vítima, pode provocar não só a ofuscação ou banalização da marca da vítima, como, potencialmente, causar dano à reputação da marca afetada e, conseqüentemente, diluição da mesma. Sobre o tema ensina Ricardo Borges Oliveira de Souza (2010, p. 22):

Em resumo, a diferença principal entre os institutos da concorrência parasitária e do aproveitamento parasitário é que na primeira existe o desvio de clientela, já que os envolvidos mantêm relação concorrencial, enquanto, na segunda, o que a evidencia é a tentativa do infrator de se beneficiar graciosamente do trabalho, do investimento e da criação de terceiro que não atua no mesmo segmento do parasita.

O conceito de enriquecimento sem causa pode ser usado para combater o aproveitamento parasitário de uma marca alheia. Nas palavras de José Antonio B. L. Correa (1991, p. 261):

O Código da Propriedade Industrial não é uma estrutura normativa isolada, um feudo dentro do sistema jurídico brasileiro. É hidratado,

ao revés, pelas regras e princípios que orientam o Direito do País, como um todo. E o Direito do País repele – como não poderia deixar de repelir – o enriquecimento sem causa, o desrespeito aos sinais de identificação de concorrentes, a fraude ao consumidor (...).

## 8. Conclusão

Moda e Direito são elementos da identidade cultural de um povo. Cultura, como ensina Miguel Reale (2002, p. 25), “é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo”. Assim, tanto moda, como direito traduzem em parte os significados da sociedade, demonstram também quais são os seus valores.

Se por um lado o Direito, enquanto lei, é o comando abstrato que emana da autoridade soberana e impõe a todos os indivíduos a obrigação de submeter-se a ela; a moda liberta a pessoa para que ela se expresse socialmente, sem necessariamente verbalizar nada.

Também é possível dizer que moda e direito se tocam como arte. Dizer que moda é vestuário assemelha-se a dizer que direito é texto de lei.

A moda é uma expressão pela qual o artista transmite suas percepções, sensações e julgamentos através de sua obra, ou ainda populariza a pintura. Como Yves Saint Laurent, que em 1965, estampou seus vestidos com telas de Piet Mondrian. Tal atitude foi considerada como uma interpretação do mundo moderno, que utilizou uma peça de roupa para atrair os olhares da sociedade para uma forma mais tradicional de arte.

Por sua vez, o Direito pode ser descrito de várias maneiras inclusive como sendo a arte da justiça. Afinal, mesmo com o grande arcabouço legal que existe no Brasil hoje, não é possível aplicar a lei de maneira automatizada.

Enfim, é notório que o acesso às informações jurídicas seu tornou algo simples, pela internet qualquer pessoa acessa à Constituição, Códigos, Leis, decisões de tribunais, artigos jurídicos entre outras informações que podem esclarecer sobre alguma situação jurídica. Contudo, mesmo com essa facilidade, é necessário interpretar textos e mensurar as palavras, e a partir disso o operador do direito constrói a sua verdade.

## 9. Referências

ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos de autor e direitos conexos. Editora do Brasil, 2014.

ABRÃO, Eliane Yachouh. Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade. Senac, 2006.

ANDRADE, Gustavo Piva de. O trade dress e a proteção da identidade visual de produtos e serviços. Revista da ABPI, n. 112, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Proteção Judicial do Direito de Autor. São Paulo: LTr, 1999.

BARBOSA, Cláudio Roberto. Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. A Propriedade Intelectual no Século XXI: Estudos de Direito. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. Aquisição de marcas pelo registro. Jan. 2015. Disponível em: [http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/aquisicao\\_marca.pdf](http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/aquisicao_marca.pdf). Acesso em: 19/08/2020.

BARBOSA, Denis Borges. Direito de Autor: questões fundamentais de direito de autor. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013.

BARBOSA, Denis Borges. A Oponibilidade da Marca Varia com sua Força Distintiva e o Tempo. In Novos Estudos em Propriedade Intelectual 2011-2013. Edição do IBPI – Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual. São Paulo: IBPI.

BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo II - Patentes. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. SOUTO MAIOR, Rodrigo. RAMOS, Carolina Tinoco. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2. ed. Revisada e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis Borges. Proteção das marcas: Uma Perspectiva Semiológica. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRAGA, Samantha Bancroft Vianna – Um Histórico sobre a Expansão dos Direitos de Marca: Diluição, Trade Dress e Merchandising – Revista da ABPI nº 144, Set/Out 2016 – Rio de Janeiro: ABPI.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – INPI. Diretrizes de exame de patentes. [S.l.: s.n.], dez. 2002. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/patente>>. Acesso em: 28/08/2021

CABRAL, Filipe Fonteles. Diluição de Marca: Uma Teoria Defensiva ou Ofensiva? – Revista da ABPI nº 58, Mai/Jun de 2002. Rio de Janeiro: ABPI.

CALLAPEZ, Maria Elvira. Citação ou plágio? Revista Ciência Hoje. Disponível em: <<http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=9593&op=all>>. Acesso em 10/09/2021.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Vol. I. Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 3. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II, Tomo I Parte II Dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais, Ed. Lumen Juris, 2010.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Vol. II, Tomo II, parte III. Das marcas de fábricas e de comércio, do nome comercial, das insígnias, das frases de propaganda e das recompensas industriais, da concorrência desleal. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAVES. Antônio, Criador da obra intelectual, São Paulo: LTR, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência desleal. Revista dos Tribunais, n. 374, jan. 1967.

CORREA, José Antônio B. L. Faria. Pré-Condições para a Aquisição de Registros de Marcas no Brasil – Revista dos Tribunais, vol. 669/1991 – Jul/1991.

DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência Desleal. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo / José Bushatsky, 1975.

DI BLASI, Gabriel. A Propriedade Industrial Os Sistemas de Marcas, Patentes, Desenhos Industriais e Transferência de Tecnologia, 3ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2010.

GONÇALVES, Luís M. Couto, Manual de Direito Industrial, Coimbra, 7.ª Ed. Revista e Actualizada, Almedina, 2017.

LABRUNIE, Jacques. Direito de patentes: Condições legais de obtenção e nulidades. Barueri: Manole, 2006.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. Marcas tridimensionais: sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLAVO, Carlos. A Proteção do Trade Dress, Direito Industrial, Vol. V, APDI, Almedina, Coimbra, 2008.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito – 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Bárbara Quintela. "A Tutela Jurídica da Moda pelo Regime dos Desenhos ou Modelos", Direito Industrial, Vol. V, APDI, Almedina, Coimbra, 2008.

SEELIG, Geert W., La Theorie de la Distance. Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique, nº 62, Dez. 1965.

SOUZA, Ricardo Borges Oliveira de. Aspectos Atuais e Relevantes do Parasitismo na Propriedade Intelectual. Revista da ABPI no 109, Nov/Dez 2010. Rio de Janeiro: ABPI.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. A Distintividade das Marcas: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5. ed. Barueri: Manole, 2014.

TINOCO SOARES, José Carlos. O Emprego Inadequado do Termo Trade Dress. Revista da ABPI nº 144, Set/Out 2016.

TINOCO SOARES, José Carlos. Teoria da Aproximação. Revista da ABPI nº 157, Nov/Dez 2018. Rio de Janeiro: ABPI.

TOMAZZETE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, vol. 1, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

XAVIER. Vinícius de Almeida. As possibilidades de proteção ao trade dress. Direito & Justiça, v. 41, 2015.

### **Jurisprudência:**

STJ. REsp 1.677.787/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 26/09/2017, DJe 2/10/2017.

STJ. REsp 1.082.734/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 03/09/2009, DJe 28/09/2009.

STJ. Resp 466.761/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03/04/2003, DJe 04/08/2003.

TJSP; Apelação Cível 1005137-33.2016.8.26.0309; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jundiaí - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/06/2019; Data de Registro: 24/06/2019.



TJSP; Apelação Cível 0004831-10.2015.8.26.0441; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Peruíbe - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/08/2017; Data de Registro: 03/08/2017.

TJSP; Apelação Cível 0035537-65.2003.8.26.0224; Relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2016; Data de Registro: 12/09/2016.

TJSP; Agravo de Instrumento 2179514-54.2015.8.26.0000; Relator (a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jaú - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/10/2015; Data de Registro: 23/10/2015.

TJSP; Agravo de Instrumento 2084551-88.2014.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Bauru - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 03/07/2014; Data de Registro: 17/07/2014.

## **A SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE EXTINGUE CARGOS PÚBLICOS: O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO EM FACE DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**SUZANA MAURÍCIO NOGUEIRA:**

Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Oficiala de Justiça Avaliadora Federal.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo avaliar a subsistência do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público, diante da superveniência de lei que extingue o cargo público para o qual se deu a referida aprovação, a partir da verificação dos parâmetros a serem considerados no caso concreto. A temática foi abordada sob o prisma de uma reflexão pautada pelos direitos fundamentais dos cidadãos, pelos princípios que regem a Administração Pública e pela discricionariedade que lhe é cabível, finalizando-se com a devida análise pormenorizada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito às questões mais relevantes relacionadas ao assunto.

**Palavras-chave:** concurso público; nomeação; direitos fundamentais; interesse público; discricionariedade.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os fundamentos principiológicos do concurso público. 3. O interesse público. 4. A discricionariedade da Administração Pública. 5. A nomeação de candidatos aprovados em concurso público: 5.1. O direito subjetivo à nomeação: 5.1.1. O direito subjetivo à nomeação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 6. O direito subjetivo à nomeação em face do advento de situações excepcionais. 7. A superveniência de lei que extingue os cargos ofertados em edital de concurso público: 7.1. Argumentos favoráveis ao Poder Público; 7.2. Argumentos favoráveis ao detentor do direito à nomeação. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

### **1. INTRODUÇÃO**

Diante da consolidação do concurso público como legítimo instrumento democrático para a seleção daqueles que ocuparão cargos efetivos e empregos públicos, surgem alguns questionamentos pertinentes à consecução do processo seletivo e ao

posterior provimento das vagas ofertadas. Uma das principais questões que se coloca está relacionada à nomeação dos candidatos aprovados pela Administração Pública, diante do reconhecimento da existência de direito subjetivo à nomeação em determinados casos, o que, logicamente, acarreta ao Poder Público um verdadeiro dever de nomeação.

## **2. OS FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS DO CONCURSO PÚBLICO**

Dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Dessa forma, cuida-se o concurso público de procedimento administrativo indispensável para o provimento de cargos públicos efetivos e empregos públicos, do qual se espera a lisura e a regularidade necessárias, a fim de que efetivamente atenda aos princípios que fundamentam a sua existência, tais como os princípios do mérito, da eficiência, da impessoalidade e da moralidade.

Os princípios, conforme preconiza Robert Alexy (2012), são mandamentos de otimização, isto é, normas as quais ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Na lição de Justen Filho (2014, p. 912):

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteador pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público.

Tem-se que o próprio acesso aos cargos e empregos públicos mediante concurso constitui um princípio por si só, tamanha é a sua relevância. Não obstante, verifica-se que, de forma concomitante, justifica-se como instrumento para a realização de outros princípios.

Com efeito, nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p. 679), “o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público”.

O mencionado princípio do mérito nada mais é do que a finalidade de selecionar os melhores candidatos possíveis para integrar o quadro de servidores e empregados da Administração Pública. Especialmente no contexto de uma Administração Pública que se pretende gerencial, o princípio do mérito se relaciona intrinsecamente ao princípio da eficiência, tendo em vista que, em observância a este, espera-se que a prestação dos serviços públicos seja realizada com presteza, qualidade e, ainda, em tempo razoável.

Assim, “por meio da competitividade, prestigia-se o mérito do candidato que apresentou qualidades necessárias ao exercício da função pública” (OLIVEIRA, 2018, p. 720). Por conseguinte, infere-se que devem ser selecionados os melhores candidatos, pois se parte da premissa de que estes serão servidores públicos de excelência, os quais, logicamente, devem propiciar a melhor execução possível dos serviços públicos por eles realizados.

Em consonância com essa compreensão, asseveram os mestres Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 661):

A regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento, vinculado aos princípios constitucionais e legais (igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, liberdade das candidaturas, divulgação atempada dos métodos e provas de selecção, bem como dos respectivos programas e sistemas de classificação, aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação, neutralidade na composição do júri, direito de recurso). O concurso assente num procedimento justo é também uma forma de recrutamento baseado no mérito, pois o concurso serve para comprovar competências.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, possui três aspectos possíveis, consoante Renério de Castro Júnior (2021): dever de isonomia, conformidade ao interesse público e imputação dos atos praticados pelo agente público diretamente ao órgão.

A acepção do princípio da impessoalidade enquanto dever de isonomia, segundo o referido autor, pressupõe que a Administração Pública confira tratamento isonômico e

impessoal aos particulares, sendo vedada a discriminação odiosa ou desproporcional, não devendo, assim, haver favoritismos ou perseguições na atividade administrativa.

Dessa forma, é evidente que se encontra diretamente relacionado à necessidade de realização de concurso público, pois este possibilita que o mérito do candidato seja avaliado sem que a sua identidade seja conhecida, inviabilizando, portanto, o favorecimento ou a preterição de determinada pessoa em razão de motivações alheias ao interesse público. Busca-se, pois, a seleção daqueles que verdadeiramente possuem as habilidades buscadas para o excelente andamento das funções administrativas, evitando-se o famigerado “apadrinhamento”.

Nos termos do inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99, nos processos administrativos devem ser observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, o que engloba os concursos públicos. Isso quer dizer que a realização de certames para o preenchimento de cargos e empregos públicos também se coaduna com o princípio da moralidade, tendo em vista que deve se pautar na lealdade, na seriedade, na eticidade, com o objetivo de que não haja privilégios, tampouco interferências indevidas e imorais no processo de escolha dos candidatos. Mesmo porque não há como aceitar que a Administração não seja ética em absolutamente todos os seus comportamentos, pois é isso que dela se espera em um Estado Democrático de Direito, em atenção inclusive ao princípio republicano.

Feita essa breve e necessária análise, interessante é notar que os princípios elencados configuram, ao mesmo tempo, fundamentos e objetivos do concurso público. Realmente, o postulado do concurso público mostra-se um instrumento que concretiza e confere efetividade aos princípios citados, os quais, por sua vez, fundamentam a necessidade da existência do concurso público.

### **3. O INTERESSE PÚBLICO**

Preleciona Celso Antonio Bandeira de Mello (2013) que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é condição para a existência de qualquer sociedade. Em sua famosa e clássica lição, inclusive, o referido princípio constitui, ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público, pedra de toque do Direito Administrativo.

Em harmonia com essa concepção, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) entende que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, além de inspirar o legislador, vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Ou seja, pode-se dizer que essa supremacia do interesse público possui um caráter de onipresença, de ubiquidade no âmbito da Administração, já que deve ocupar posição de destaque nas considerações do gestor público, em todas as suas condutas.

Desse modo, diante dessa percepção, claramente se nota que, em um potencial conflito entre interesses privados e públicos, deverão prevalecer estes. Permite-se concluir ainda que, se a autoridade administrativa deve atender ao interesse público em toda a sua atuação, isso se faz presente também no contexto da realização de um concurso público. Contudo, indaga-se: poderia a Administração Pública fazer valer o chamado interesse público a qualquer custo, considerando a posição de supremacia por ele ocupada?

Essa é uma indagação cuja resposta não se mostra simples. Primeiramente porque, sendo um conceito jurídico indeterminado, não há um sentido certo e preciso do que seria interesse público, o que dificulta sobremaneira a sua definição e, conseqüentemente, a sua delimitação. Não à toa, há bastante divergência doutrinária a respeito do assunto, a apontar que não existe um consenso sequer quanto ao próprio conceito de interesse público.

Imperativo é indicar as duas categorias nas quais comumente a doutrina divide o interesse público: enquanto o interesse público primário se relaciona com a satisfação de necessidades coletivas, o interesse público secundário coincide com o interesse do próprio Estado, na condição de sujeito de direitos e obrigações (OLIVEIRA, 2018).

Ademais, há que se ressaltar que a ideia tradicional de interesse público vem passando por uma verdadeira reformulação. Nesse sentido, a clássica contraposição que se afirma existir entre os interesses público e privado vem sendo questionada. Preceitua Rafael Oliveira (2018) que “atualmente, no entanto, com a relativização da dicotomia público x privado, a democratização da defesa do interesse público e a complexidade (heterogeneidade) da sociedade atual, entre outros fatores, vem ganhando força a ideia de ‘desconstrução’ do princípio da supremacia do interesse público em abstrato”. Conclui o referido autor, mais adiante, que “a promoção do interesse público significa a promoção de interesses privados” e que “há uma conexão necessária entre o interesse público e os interesses privados”.

Em reforço a esse ponto de vista, Humberto Ávila (2001), em renomado artigo a respeito do assunto, nega que exista uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado; este, inclusive, necessariamente representaria uma parte daquele. Afirma que o interesse privado e o interesse público, na verdade, são indissociáveis:

Se eles — o interesse público e o privado — são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência. Daí a afirmação de HÄBERLE: “Eles comprovam a nova, aberta e móvel relação entre ambas as medidas...”.

Por fim, arremata que “deve haver, outrossim, uma ponderação, não somente dos interesses reciprocamente implicados, mas, também, dos interesses públicos entre si” (p. 25). Tal ponderação se faz necessária, segundo o referido autor, na medida em que, identificados os bens jurídicos envolvidos na questão e as normas passíveis de aplicação, devem aqueles ser preservados e protegidos ao máximo. Logo, não é admissível haver uma interpretação que já se mostre, desde o princípio, favorável ao interesse público, de uma forma abstrata, sem que se observem as nuances de cada situação.

Essa ideia produz um significativo impacto na temática do concurso público, uma vez que este se cuida de processo administrativo que fatalmente envolve o interesse público – ou, como se prefere modernamente, conforme alguns autores, interesses públicos, no plural – e inúmeros interesses privados, na medida em que, normalmente, alta é a quantidade de pessoas que se inscrevem e se submetem aos concursos de provas e de provas e títulos em busca da aprovação e consequente nomeação para um cargo público.

#### **4. A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Entende-se, tradicionalmente, que o poder discricionário consiste na possibilidade de a Administração Pública, em determinados casos, atuar com certa margem de liberdade, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, desde que o faça de forma adstrita aos limites legalmente estabelecidos. Os atos discricionários, portanto, contrapõem-se aos atos vinculados, já que, nestes, não há qualquer possibilidade de exercício de escolha na atuação do agente público.

Leciona Hely Lopes Meirelles (2014, p. 184):

A discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais. A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar e, para os quais a lei não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para o caso concreto.

Compreende-se que a discricionariedade deve ser levada a efeito nos moldes contemporaneamente preconizados, o que significa que não há mais como ser considerada de maneira irrestrita ou ilimitada, como se observava outrora.

Assim, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, tampouco desconsiderar os direitos e garantias fundamentais dos administrados. A título de ilustração, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal afirma que “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”. Da simples interpretação textual de tal enunciado, infere-se que as razões de conveniência e oportunidade não são absolutas, mas sim limitadas, por exemplo, pelo devido respeito aos direitos adquiridos.

Deve-se, obviamente, resguardar o melhor interesse da coletividade, não se perdendo de vista que a atividade administrativa, em que pese autônoma, é alcançada pelo controle judicial.

Cumpra aduzir que, para parte da doutrina, o poder discricionário não seria, na realidade, um poder autônomo, mas sim um atributo de outros poderes ou competências da Administração (OLIVEIRA, 2018).

Assim, em face das condicionantes mencionadas, não há, portanto, espaço para conceber a discricionariedade administrativa como totalmente livre e ilimitada. Essa premissa igualmente deve permear as decisões a serem tomadas pelos agentes públicos ao longo da realização de um concurso público e, ainda, posteriormente, por ocasião da nomeação dos candidatos aprovados.

## **5. A NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO**



O preenchimento de cargos públicos vagos se dá mediante o ato administrativo de provimento, gênero que comporta duas espécies: originário e derivado. A espécie de provimento que interessa ao presente trabalho é o originário, assim denominado porque ocorre quando o ocupante não possui vínculo anterior com aquele cargo que será preenchido. Concretiza-se com a nomeação, a qual é elencada como forma de provimento de cargo público pelo art. 8º, I, da Lei 8.112/90, pertinente ao âmbito federal do serviço público.

Inclusive, o referido diploma legislativo, em seu art. 10, corrobora o princípio da acessibilidade dos cargos e empregos públicos veiculado pelo art. 37, II, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade”.

O Supremo Tribunal Federal consubstanciou, em sua Súmula nº 16, o seguinte entendimento: “Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse”. Salienta-se, contudo, que o referido enunciado foi aprovado em sessão plenária realizada na data de 13 de dezembro de 1963, refletindo uma necessidade dessa época. Não existe, atualmente, qualquer discussão a respeito do direito de tomar posse que detém a pessoa aprovada em concurso público e nomeada para determinado cargo.

Todavia, não se pode dizer o mesmo a respeito do direito do aprovado em concurso público em relação à sua nomeação, já que se trata de ato administrativo que, em regra, é abarcado pela discricionariedade da Administração Pública, a qual, por isso, não se encontra de qualquer forma vinculada e obrigada a efetivá-la.

Constata-se, aliás, que um instrumento costumeiramente utilizado pela Administração é o denominado cadastro de reserva, isto é, o grupo daqueles candidatos que foram aprovados no certame, porém não alcançaram classificação dentro do número de vagas previsto no edital. Essas pessoas devem figurar como excedentes, ocupando um lugar que se assemelha a uma lista de espera.

Trata-se de um recurso que atende ao interesse público, na medida em que permite o aproveitamento dos candidatos que se mostraram aptos, ao mesmo tempo em que não obriga o Poder Público a nomeá-los, permitindo que seja realizado um planejamento adequado a partir de uma avaliação integrada e sistêmica por parte do gestor público. Desse modo, antes de ser efetivada uma nomeação, poderão ser levados em consideração fatores os mais diversos, tais como o equilíbrio das contas públicas ou o enfrentamento de uma grave crise econômica, por exemplo.

Esse entendimento prestigia o princípio da eficiência administrativa e o espaço de discricionariedade que deve ser resguardado ao administrador público. Por outro lado, evita que seja frustrada eventual expectativa que fora justamente criada pelo administrado em virtude de um comportamento anterior da Administração Pública, em face da proteção da confiança legítima dos cidadãos, em respeito à dignidade destes. De todo modo, não se vislumbra qualquer óbice constitucional ou legal à sua utilização.

### **5.1. O direito subjetivo à nomeação**

Primeiramente, convém assentar uma breve definição de direito subjetivo, o qual pode ser relacionado ao brocardo jurídico *jus est facultas agendi*, isto é, o direito é a faculdade de agir. Pode-se afirmar que se refere “a uma faculdade incorporada à chamada esfera jurídica do sujeito em decorrência de previsão do direito objetivo” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2020).

Assim, em palavras singelas, enquanto o direito objetivo alude às normas que integram o ordenamento jurídico, o direito subjetivo é dele derivado e confere ao seu titular a faculdade de exercitá-lo ou de exigí-lo de outrem.

Apesar de, conforme já consignado, a nomeação para cargo público ocorrer, em regra, de acordo com a conveniência da Administração Pública, há circunstâncias em que o candidato aprovado em concurso público possui direito subjetivo a ser nomeado, desde que presentes determinados requisitos e obedecidos certos parâmetros. Em casos tais, pode-se afirmar que inexistente discricionariedade da Administração quanto à decisão de nomear ou não aquele candidato.

Tendo em vista que se cuida de temática de cunho essencialmente prático e real, é preciso que a perscrutação da existência de um direito subjetivo à nomeação seja realizada, principalmente, a partir de uma análise dos casos concretos apreciados e decididos pelos Tribunais superiores, a fim de se verificarem quais os parâmetros estabelecidos pela sua jurisprudência.

Isso porque, em não havendo como o legislador antever todas as situações possíveis no mundo dos fatos, o que o impede de definir as soluções e as diretrizes a serem seguidas em cada caso que emergir, resta aos Tribunais delimitarem a resolução de importantes questões não previstas em lei.

Desse modo, as decisões exaradas pelo Poder Judiciário assumem posição de incontestável relevância, na medida em que direcionam as condutas a serem praticadas

pela Administração Pública. Permitem, assim, que exista um efetivo e ajustado planejamento por parte do gestor público. Por outro lado, apontam o que o administrado pode esperar diante do Poder Público, uma vez que orientam o que pode ser ou não exigido deste.

### *5.1.1. O direito subjetivo à nomeação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*

Tradicionalmente, detinha o Supremo Tribunal Federal a posição de que o candidato aprovado em concurso público titularizava uma mera expectativa de direito. É nesse sentido, inclusive, a Súmula nº 15, aprovada em Sessão Plenária realizada em 13 de dezembro de 1963, segundo a qual, “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Desse modo, durante muitos anos, reconhecia-se o direito subjetivo à nomeação em uma única hipótese, qual seja, caso verificado o desrespeito à ordem de classificação dos candidatos aprovados. Ora, denota-se que, se não fosse possível a sindicabilidade do comportamento do Poder Público sequer nessa situação, estar-se-ia diante de um absurdo jurídico, uma inegável e flagrante injustiça, além de verdadeira subversão dos princípios e regras que norteiam o concurso público.

De fato, o mínimo que se espera em um certame é que os candidatos sejam nomeados conforme a ordem em que restaram classificados. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal precisou definir o que deveria ser óbvio e essencial na realização de um concurso, vislumbra-se o quão a temática era parcamente explorada e como o postulado do concurso público era desrespeitado com indizível facilidade.

Feito esse aparte, frisa-se que, em todas as outras situações, não havia como impor qualquer dever de nomeação à Administração Pública, já que se compreendia que existia simples expectativa por parte do candidato. Este, reitera-se, apenas possuiria direito a ser nomeado na evidente situação de ser preterido em relação a outro candidato cuja classificação fosse inferior à sua.

Ocorre que, em paradigmática decisão proferida nos autos do RE 598.099/MS, resolveu o Plenário que o candidato aprovado dentro do número de vagas especificado no edital do concurso público possui direito subjetivo a ser nomeado, fazendo surgir, portanto, um dever de nomeação para a Administração Pública.

Na ocasião, restou asseverado que, dentro do prazo de validade do certame, a Administração até pode eleger o momento mais propício, sob a sua ótica, para proceder à nomeação; todavia, não lhe é facultado deixar de realizá-la, pois se trata de um verdadeiro dever que lhe é imposto.

Vê-se que, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes declarou que esse entendimento “reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração”.

Em razão da sua primazia, segue a ementa do julgado citado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles

cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

#### V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(RE 598099, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

Não se pode deixar de indicar que esse direito subjetivo conferido àqueles aprovados dentro do número de vagas do edital pode se estender, de certa forma, aos aprovados fora delas. Explica-se: na eventualidade de desistência por parte de candidato melhor classificado, aquele que, em decorrência disso, passar a figurar dentro do número de vagas previstas no edital terá direito subjetivo a ser nomeado. Prescrevem os Tribunais superiores que esse acontecimento se mostra suficiente para convolar a mera expectativa de direito anteriormente existente em direito líquido e certo. Essa conclusão, diga-se, mostra-se justa e consentânea com a boa-fé e a segurança jurídica.

Nota-se que esse posicionamento foi assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo regimental em Recurso Extraordinário 1.058.317/MG, julgado em 01 de dezembro de 2017, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça em decisões proferidas nos Recursos Ordinários em Mandados de Segurança 52.251/PR e 53.506/DF, julgados, respectivamente, em 05 e 26 de setembro de 2017.

Importa ressaltar, no entanto, que, caso a desistência do aprovado dentro das vagas ocorra após o prazo de validade do certame, não haverá falar em advento de direito subjetivo àquele que, em razão da desistência de outrem, passar a compor o quantitativo de vagas ofertado no edital. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 63.676/RS, julgado em 22 de março de 2021, que não há previsão legal nesse sentido.

Acompanhando a natural evolução da sociedade e a complexidade das relações sociais que lhe é intrínseca, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou quando o Plenário proferiu decisão, em 09 de dezembro de 2015, no Recurso Extraordinário 837.311/PI, sob a sistemática da repercussão geral. Nela, os Ministros elencaram hipóteses nas quais, atualmente, exsurge o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÍO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM

SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).

2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.



6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoccorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de

aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais:

- i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);
- ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);
- iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(RE 837311, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

Destaca-se que se utilizou expressamente a locução latina *verbi gratia*, ou seja, não se trata de um rol taxativo de situações, mas sim exemplificativo.

Embora as duas primeiras hipóteses – a saber, aprovação dentro do número de vagas previsto no edital e ocorrência de preterição por inobservância da ordem de classificação –, já estivessem pacificadas na jurisprudência, pelo menos em linhas gerais, considera-se acertada a decisão da Corte de fixá-las na ementa do referido acórdão, em conjunto com a terceira hipótese, para fins de adequada clareza e condensação das decisões mais relevantes já proferidas pelo Tribunal no tocante ao assunto em estudo.

Quanto ao caso de preterição de candidato aprovado, coube ao Superior Tribunal de Justiça dirimir dúvida ainda existente ao estabelecer, no Recurso Especial 1.643.048/GO, julgado em 05 de março de 2020, que, nos casos de preterição de candidato aprovado em concurso público, o termo inicial do prazo prescricional quinquenal recai na data em que foi nomeado outro servidor em seu lugar, caracterizando, dessa forma, a abominável preterição.

Em relação à terceira hipótese, relacionada ao surgimento de novas vagas e abertura de novo concurso durante o prazo de validade do anterior, caso em que se exige, ainda, a ocorrência de preterição de candidatos com arbitrariedade e de forma imotivada por parte da Administração, não de ser realizadas algumas considerações.

A primeira conclusão a que se chega é a de que o simples advento de novos cargos vagos e a abertura de novo certame não são suficientes, por si sós, a ensejarem aos candidatos aprovados fora das vagas o direito a serem nomeados. Ressalta-se que tal

inferência se mantém ainda que o novo certame seja deflagrado durante o prazo de validade do primeiro concurso público, pois, mesmo nesse caso, deverá prevalecer a discricionariedade da Administração, diante da inexistência de situação que acarrete, aos candidatos aprovados, direito subjetivo à nomeação.

Circunstância diferente, contudo, ocorre na hipótese em que, somada à existência de cargos vagos, há uma demonstração inequívoca de que a Administração necessita provê-los. Segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, consolidando entendimento que já vinha sendo explanado, isso se revela nos casos em que a Administração age com arbitrariedade ou pretere candidato melhor classificado em benefício de outro.

No caso concreto tratado no Recurso Extraordinário 837.311/PI, referente a concurso realizado para o cargo de Defensor Público do Estado do Piauí, houve a publicação de edital de novo concurso público ainda durante o prazo de validade do primeiro concurso. O Supremo entendeu que, somado a isso, restou caracterizada a necessidade de provimento dos cargos, “diante dessa sequência de circunstâncias: comprovação da existência de vagas de Defensor Público, a declaração do Defensor Público-Geral da necessidade de novo concurso e a Resolução que, ainda que exarada logo após o término da validade do concurso, já previa a necessidade, desde 2007, desses novos defensores”. Assim, reconheceu-se o direito subjetivo dos candidatos aprovados a serem nomeados, em que pese a sua classificação tenha se dado além das vagas previstas no edital, tendo em vista a conjunção de fatores que terminou por delinear a necessidade de provimento dos cargos vagos.

Cuida-se de interessante decisão e importante passo dado na presente temática. Percebe-se, cada vez mais, que a jurisprudência e a doutrina sinalizam no sentido de ser imprescindível que a discricionariedade do Poder Público seja exercida em consonância com os valores e princípios que regem o ordenamento jurídico, preservando os direitos fundamentais dos administrados.

Nos casos mencionados, reconhecer o direito subjetivo do cidadão em face da Administração não a enfraquece; pelo contrário, significa, na verdade, conferir uma maior legitimidade às condutas por ela adotadas.

Cabe salientar que a aludida preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública deve ser demonstrada, de forma inequívoca, pelo interessado, quer dizer, pelo candidato aprovado fora do número de vagas e que almeja a sua nomeação. Por todas, a decisão exarada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.478/DF, julgado em 9 de agosto de 2016.

Torna-se interessante aduzir que, conquanto o Supremo Tribunal Federal não tenha se reportado à necessidade de inexistência de restrição orçamentária, assim o fez o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Mandado de Segurança 22.813/DF, julgado em 13 de junho de 2018.

Verifica-se, por fim, que, em qualquer cenário de nomeação tardia de candidato aprovado em concurso público, por força de decisão judicial, não existirá direito às promoções e progressões funcionais que o candidato teria alcançado se a sua nomeação houvesse ocorrido na época acertada. Trata-se de relevante posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, no Recurso Extraordinário 629.392/MT, julgado em 8 de junho de 2017.

## **6. O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO EM FACE DO ADVENTO DE SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS**

É bastante perceptível que a jurisprudência dos Tribunais superiores outorga uma posição de inegável primazia ao direito subjetivo à nomeação, conforme se demonstrou.

No entanto, impende conferir o merecido destaque às situações excepcionalíssimas as quais, no entender do Supremo Tribunal Federal, justificam a recusa da nomeação, pela Administração Pública, de candidatos aprovados em concurso público, ainda que detenham direito subjetivo à nomeação. Essa noção, evidentemente, é imprescindível para o estudo da temática em análise.

O julgado que permanece atualmente como paradigma a ser adotado é o já anteriormente referenciado Recurso Extraordinário 598.099/MS. Nele, proclamou-se que, para que uma situação seja qualificada como excepcional a ponto de refrear o direito subjetivo à nomeação, é necessário que seja dotada, cumulativamente, das seguintes características: superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade.

Sublinhou-se que tais situações necessitam ser devidamente motivadas pela Administração, possibilitando, dessa maneira, o adequado controle judicial.

A citada decisão vem sendo invocada igualmente pelo Superior Tribunal de Justiça, como ocorreu no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 57.565/SP, em 20 de agosto de 2018, cuja ementa restou assim lavrada:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO

NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS INICIALMENTE. RECUSA AO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. FALTA DE ADEQUAÇÃO ÀS CONDICIONANTES PREVISTAS NO RE 598.099/MS.

1. A recusa da Administração Pública ao direito público subjetivo de nomeação em favor do candidato classificado dentro do número de vagas ofertadas no edital de concurso público somente se justifica se obedecidas integralmente as condicionantes previstas no RE 598.099/MS, que constitui o marco jurisprudencial regulatório desse direito.

2. Dentre essas condicionantes, deve haver a comprovação pela Administração Pública de que não havia outros meios menos gravosos e extremos para lidar com a situação de excepcionalidade e que, portanto, a recusa constituiu a "ultima ratio". 3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RMS 57.565/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 20.08.2018)

Na trilha do que vêm assentando os Tribunais superiores, então, conclui-se que meras vicissitudes ou intercorrências naturais às rotinas administrativas não se mostram aptas a evitar a nomeação à qual é obrigada a Administração Pública. Longe disso, pois, não obstante seja aceita a possibilidade de determinadas circunstâncias justificarem a relatada negativa por parte do Poder Público, deve-se ter em mente que estas são, nos próprios dizeres do Supremo Tribunal Federal, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, situações "excepcionalíssimas".

Inclusive, observou o Ministro Mauro Campbell Marques, Relator do julgado colacionado acima, que, "como *ultima ratio*, a recusa à nomeação deveria ser justificada com a alegação e comprovação de adoção das providências previstas no art. 169, §§ 3.º e 4.º, da Constituição da República, do que o recorrido não se desincumbiu do ônus de provar". Isso demonstra, ainda mais, o quão significativa, realmente, deve ser a justificativa da Administração para que ampare a esquivia da obrigação de nomear.

Nesse sentido, já por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 66.316/SP, em 19 de outubro de 2021, o Superior Tribunal de Justiça evidenciou que sequer situações como pandemia, crise econômica e limite prudencial

atingido para despesas com pessoal são suficientes, por si sós, para que seja negada a nomeação de candidato aprovado detentor de direito à nomeação.

Denota-se, indiscutivelmente, que as determinações dos Tribunais caminham na direção de sobrelevar de tal forma o direito subjetivo à nomeação, que este deve ser resguardado até o limite em que, efetivamente, não existam outras formas menos extremas para enfrentar o quadro excepcional que despontou para o Poder Público. Tal quadro, reitera-se, deve ser, cumulativa e invariavelmente, imprevisível, superveniente, grave e necessário.

## **7. A SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE EXTINGUE OS CARGOS OFERTADOS EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO**

Tendo em vista as discussões anteriormente levantadas, as quais já vêm sendo decididas pelos Tribunais, impõe-se a seguinte indagação: na hipótese de ser realizado concurso público para o provimento de determinados cargos, pode a Administração Pública, com esteio em sua discricionariedade, extinguir aqueles mesmos cargos, mediante lei superveniente ao certame?

O Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou problema especificamente desse jaez, tendo apenas tangenciado o assunto em algumas decisões, com ligeiras menções, sem aprofundamentos, já que esse tópico não compunha o objeto dos processos em apreciação. No entanto, reconheceu a existência de repercussão geral desse tema, no Recurso Extraordinário 1.316.010/PA, o qual se encontra aguardando o julgamento de mérito.

Conquanto ainda não exista um posicionamento pacificado na jurisprudência, é possível tecer algumas considerações a respeito dos elementos que devem ser levados em consideração, bem como dos parâmetros a serem avaliados, a partir das questões já solucionadas pelos Tribunais superiores.

### **7.1. Argumentos favoráveis ao Poder Público**

Inicialmente, cumpre rememorar que, para parte representativa da doutrina, admite-se, como forte alicerce do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual deve inspirar simplesmente toda a atuação administrativa. Em outras palavras, aquilo que se compreende como interesse público deve prevalecer em face de qualquer interesse privado, em hipóteses nas quais se entenda haver uma contraposição entre ambos.

Naturalmente, deduz-se que, em uma situação de conflito entre o que ordena uma lei superveniente a um concurso público e o direito subjetivo à nomeação de candidato naquele aprovado, deve prevalecer a disposição legal. Isso porque a edição de lei nada mais é do que uma das manifestações possíveis da supremacia do interesse público, razão pela qual a ela deve ser conferida a primazia que lhe é inerente, em detrimento daquelas pessoas que eventualmente possuíam direito subjetivo a serem nomeadas.

Ora, é plenamente possível que, após a realização de um concurso público para o preenchimento de determinados cargos, advenham motivos que afastem o interesse público anteriormente existente quanto ao provimento daqueles mesmos cargos.

Prosseguindo na linha desse argumento, não há lógica, portanto, em engessar a atuação do Poder Público, obrigando-o à admissão de novos servidores, se isso significa ir de encontro ao que se concebe como interesse público. Pode-se dizer até mesmo que se estaria diante de uma espécie de autoflagelo por parte da Administração, em se considerando que ela exerceria um comportamento contrário aos seus interesses e, por conseguinte, aos interesses da própria coletividade.

Sob outro ponto de vista, mas ainda no mesmo sentido, entende-se que é imperioso se resguardar à Administração Pública o poder-dever de se conformar e de se estruturar da forma que seja mais consentânea com o interesse público, já que visa a alcançá-lo. Isso remete à discricionariedade que amplamente permeia a atividade administrativa e que com ela se compatibiliza.

É nessa discricionariedade, sobretudo, que se fundamenta a Administração Pública ao se defrontar com situações complexas cuja solução não foi antevista pelo legislador e que exigem a adesão a uma ou a outra opção, dentro de uma certa margem de liberdade da qual se dispõe.

Como já explanado, a discricionariedade atribuída à Administração Pública não pode ser ilimitada; não obstante, igualmente não pode ser mitigada a ponto de obstruir a atuação administrativa, tolhendo excessivamente as alternativas que se colocariam à disposição do gestor público. Pelo contrário, deve-se, sim, prestigiar a reserva de administração, permitindo-se que a Administração disponha dos caminhos que avalie como mais apropriados à consecução das suas finalidades.

Ademais, é cediço que compete ao administrador o planejamento das funções administrativas, de forma a conquistar uma maior racionalização no tocante à prestação dos serviços públicos. Afinal, a modernização da Administração Pública constitui uma

finalidade visada tanto por aqueles que a integram, quanto pelos administrados, a quem os serviços são prestados.

Um dos pilares em que se apoia a almejada realização de um planejamento administrativo acertado é a satisfatória gestão dos cofres públicos, a qual, na realidade, é inegavelmente imprescindível. Deve-se buscar sempre a sua otimização, mediante contínuas tentativas de aprimoramento, a fim de que o ente seja capaz de fazer face às múltiplas demandas sociais que lhe são impostas. Afinal, como se afirma costumeiramente, enquanto os recursos públicos são, por sua natureza, sempre escassos, as necessidades sociais, por outro lado, são ilimitadas.

Isso representa um dos maiores desafios, senão o maior, com que se depara o administrador público: atingir o ponto de equilíbrio mais adequado entre a satisfação das necessidades sociais, de um lado, e a atenção ao montante das despesas públicas, de outro, ciente da manifesta improbabilidade de se alcançar o patamar que se afiguraria como ideal.

Divisa-se, nesse contexto, o chamado princípio ou cláusula da reserva do possível. Afirma Bernardo Gonçalves (2018, p. 746):

A chamada cláusula da “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen), que começou a ser alegada a partir da década de 1970, é criação do Tribunal Constitucional alemão e compreende a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos. A partir daí, alguns autores vão defender que as aplicações desses recursos e, conseqüentemente, a implementação de medidas concretizadoras de direitos sociais seria uma questão restrita e limitada à esfera de discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas nos planos de políticas públicas destes e conforme as previsões orçamentárias.

Existem, assim, limitações diversas a condicionar as escolhas administrativas, as quais terminamente influenciam as condutas a serem empreendidas pelo Poder Público. Uma das mais significativas dessas limitações consiste na necessidade de previsão orçamentária para a execução de gastos públicos, o que se relaciona diretamente à nomeação de pessoas aprovadas em concursos públicos.

Com efeito, a própria Constituição Federal dispõe, em seu art. 169, § 1º:



§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda constitucional nº 106, de 2020)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

À vista disso, torna-se evidente que, para a admissão de pessoal, é indispensável a prévia dotação orçamentária, em medida que seja bastante para atender às respectivas despesas e suas projeções, bem como a autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Além de tais requisitos, o próprio *caput* do exposto art. 169 da Constituição Federal exige que a despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Em obediência a esse dispositivo, prescreve a Lei Complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, em seus arts. 19 e 20, os percentuais da receita corrente líquida que cada ente federativo não poderá exceder no que concerne à despesa total com pessoal, havendo, ainda, percentuais específicos para o Poder Executivo, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, incluído o respectivo Tribunal de Contas.

Desse modo, como é possível depreender, a realização de despesas com pessoal pressupõe o atendimento a uma série de formalidades e o preenchimento de diversos requisitos. Vale assinalar que as exigências aqui elencadas representam tão somente uma pequena amostra de todas aquelas às quais deve se submeter a Administração Pública.

Assim, verifica-se, sob a ótica administrativa, que não apenas o interesse público primário, mas igualmente o interesse público secundário não podem ser desprezados em função de interesses meramente individuais. Os recursos públicos devem ser alocados de forma racional e planejada, evitando-se fatores que possam ocasionar a desorganização

da atividade administrativa e o desequilíbrio do orçamento, sob pena de ser prejudicada até mesmo a continuidade das próprias políticas públicas a serem implementadas.

## **7.2. Argumentos favoráveis ao detentor do direito à nomeação**

Reconhece-se que, com amparo na discricionariedade administrativa, o gestor público, de fato, detém um amplo espaço de autonomia, o que engloba a chamada reserva de administração. Com efeito, na esteira do princípio da separação dos poderes, compreende-se que um órgão ou entidade não pode se imiscuir no núcleo essencial da competência de outro, razão pela qual, em princípio, o órgão realizador do concurso público possui liberdade para dispor da nomeação dos candidatos aprovados conforme melhor lhe aprouver.

Entretanto, ao lado dos tradicionais critérios de conveniência e oportunidade, os quais tradicionalmente orientam o exercício da discricionariedade administrativa, devem caminhar também razões de justiça e de equidade. Deve-se, portanto, analisar se o comportamento do Poder Público, naquele contexto, mostra-se justo ou, pelo menos, dotado de boa-fé objetiva, já que é indeterminada a acepção de justiça.

Afinal, sabe-se que a boa-fé deve nortear todos os comportamentos estatais, o que inclui as ações empreendidas ao longo de um processo seletivo realizado pela Administração. Assim, é necessário se conduzir pela boa-fé objetiva até mesmo no que diz respeito à previsão das vagas que deverão ser preenchidas a partir daquele certame, não podendo existir qualquer intento de deslealdade administrativa quanto a isso.

Não custa lembrar que as regras do edital de um certame público obrigam não somente os candidatos que se submetem à seleção, mas igualmente impõem determinadas condutas ao ente responsável pela sua realização, vinculando-o em certas questões.

Observa-se, realmente, que a execução de um concurso público escorreito adstringe a Administração Pública à observância de regras de organização previamente estabelecidas, seja na Constituição Federal, na lei ou no edital, de modo a resguardar garantias fundamentais dos cidadãos e, ainda, preservar a efetividade da grande conquista democrática que é o postulado do concurso público.

Aprende-se que esse respeito essencial que deve existir aos direitos fundamentais informa a noção que atualmente se tem acerca da discricionariedade do Poder Público, de modo que a direciona e a limita. Desse modo, ainda que na sua atuação discricionária, a

Administração deve ser deferente aos direitos fundamentais, prestigiando, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, faz-se primordial que se mantenha a devida atenção ao princípio da segurança jurídica, em seu aspecto pertinente à proteção da confiança legítima, já que, sob o ponto de vista do cidadão, é criada uma justa expectativa, ante um comportamento anterior da Administração. No caso, entende-se como comportamento anterior da Administração principalmente aquele exposto nas regras contidas no edital do concurso público.

Além disso, obviamente se presume que o Poder Público, antes de deflagrar um concurso público, conhecia apropriadamente a sua realidade e considerou, a fundo, todas as suas condições fáticas possíveis. É forçoso inferir que o ente necessariamente possuía um planejamento a médio e a longo prazo, pois, do contrário, estar-se-ia diante de inaceitável irresponsabilidade do respectivo governante, em clara afronta a várias regras e princípios do ordenamento jurídico, entre os quais se destaca o princípio republicano.

O arremate dessa questão, sob a perspectiva que se vem destrinchando, vem da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Fato é que as decisões desses Tribunais apontam que a recusa à nomeação daquele que possui direito subjetivo a ser nomeado deve ser a *ultima ratio*. Consequentemente, é nessa qualidade de última alternativa a ser exercida que a refutação ao ato de nomeação deve ser considerada.

Tanto é assim que, segundo os Tribunais superiores, para que se legitime a negativa de nomeação, é necessária a existência de um cenário cujas características a serem identificadas – a saber, superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade – sejam inequívocas. Como visto, não são aceitas para tal finalidade sequer conjunções drásticas, como a eclosão de uma pandemia, e muito menos situações mais comuns, como o atingimento do limite prudencial para despesas com pessoal.

É crucial ressaltar que a imprevisibilidade em questão não se confunde com situações que resultam da desorganização ou da imprevidência administrativas, sob pena de se prestigiar o gestor negligente. Afinal, é lógico que uma gestão financeira desastrada, por exemplo, facilmente conduzirá a Administração a um estado de dificuldades de toda ordem.

Nesse encadeamento de ideias, a ilação que se alcança não pode ser outra senão a de que lei posterior à realização de concurso público para determinados cargos não pode

extingui-los ou, pelo menos, se chegar a extingui-los, não poderá atingir o direito subjetivo à nomeação daqueles que o possuem.

Afirmar em sentido contrário significaria prestigiar comportamentos contraditórios da Administração e, portanto, vedados, por afrontarem sobretudo a boa-fé, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, vetores que, impreterivelmente, devem guiar as posturas administrativas.

Ora, tem-se, então, que sequer uma pandemia, quadro cuja gravidade é irrefutável, possui densidade suficiente a legitimar o descumprimento do dever de nomeação pela Administração Pública. Logicamente, com mais razão ainda, o simples advento de uma lei não poderia ter essa aptidão, tão somente em virtude de militar em direção oposta àquela seguida pela Administração no momento em que ponderou pela realização de um concurso público.

Tal circunstância, na verdade, está a indicar mais uma ausência de planejamento, ou, no mínimo, de visão a longo prazo, do que o surgimento de situação grave e inesperada. É difícil acatar que, logo em seguida à consumação de um processo seletivo, o interesse público antes havido quanto ao preenchimento daquelas vagas simplesmente deixou de existir.

Importa registrar que a simples edição de uma lei, por si, não cumpre todas as características enumeradas pela jurisprudência as quais, conjuntamente, permitem, de forma excepcionalíssima, sobrepujar o direito subjetivo à nomeação. Em que pese superveniente ao concurso, a publicação de lei não se revela um acontecimento extraordinário e imprevisível, extremamente grave e necessário.

Não há fundamento jurídico, pois, para se frustrar o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em razão da extinção do respectivo cargo por lei superveniente à realização do concurso público.

## **8. CONCLUSÃO**

A análise do assunto em questão, inevitavelmente, deve se debruçar sobre o direito subjetivo dos candidatos aprovados à nomeação, de um lado, e a discricionariedade administrativa, de outro, à luz dos princípios que norteiam a Administração Pública e, ainda, a possibilidade de controle judicial da atuação do Poder Público.

Em princípio, é verdade que a Administração Pública, atuando no âmbito da reserva de administração, possui liberdade quanto à conformação da atividade

administrativa. Em regra, pois, não concerne ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito dos atos administrativos, tampouco na organização das atribuições e no desempenho das funções do Poder Público.

Ocorre que tal discricionariedade não se faz absoluta, devendo ser pautada em critérios outros além dos simples juízos de conveniência e oportunidade, como classicamente se coloca.

O zelo que a Administração Pública deve manter em relação ao interesse público, basilar para o regime jurídico-administrativo, assume, atualmente, uma conotação que se aproxima do fomento de interesses privados.

É claro que a Administração não pode se pautar apenas pelo que se mostra ou não mais conveniente aos particulares que se submetem aos concursos públicos. No entanto, isso não pode significar, por outro lado, que ela detém permissão absoluta para atuar com arbitrariedade, em flagrante desrespeito aos cidadãos que se submetem aos certames.

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acompanhada pela do Superior Tribunal de Justiça, admita que, em situações excepcionalíssimas, a Administração Pública seja desobrigada do dever de nomeação que lhe é imposto, resta clara a necessidade de se cuidarem de conjunturas incontestavelmente gravíssimas.

Assim, alterações corriqueiras das condições fáticas, as quais muitas vezes são até mesmo esperadas, não se mostram aptas a embasar o afastamento do direito subjetivo à nomeação.

Deve-se sempre ter em mente que a recusa da nomeação deve ser medida de *ultima ratio* a ser adotada pela Administração Pública, isto é, quando, além de cumpridos os requisitos elencados pela jurisprudência, realmente não houver qualquer outra alternativa possível no caso concreto.

Por conseguinte, aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal defina as balizas específicas a serem seguidas em relação à possibilidade de afastamento do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado, tendo em vista a superveniência de lei que extingue o respectivo cargo. Uma alternativa possível seria viabilizar a extinção do cargo com efeitos prospectivos, mantendo-se, assim, aqueles existentes que motivaram a realização do concurso público, com a consequente realização da nomeação nos termos anteriormente planejados.

Indiscutível é que a aferição, a partir do caminho que vem sendo trilhado pelas decisões proferidas, de que deverá haver respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e atenção à boa-fé objetiva e à segurança jurídica, uma vez que a discricionariedade administrativa não pode ceder espaço a arbitrariedades, consideradas, de todo modo, as circunstâncias verificadas no caso concreto.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CASTRO JÚNIOR, Renério de. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DONIZETTI, Elpídio.; QUINTELLA, Felipe. Direito objetivo e direito subjetivo: conceituação. **GEN Jurídico**, 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/04/30/direito-objetivo-e-direito-subjetivo>>. Acesso em: 30 set. 2021.

GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

## **POSITIVAÇÃO DA PEJOTIZAÇÃO E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE**

**LARA CAXICO MARTINS:**  
Doutoranda, Professora e  
Advogada.

**JÚLIA LEAL MARTINS DIAS**<sup>96</sup>

**LUIZ CELSO SOARES PINTO**<sup>97</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O presente artigo tem por escopo a análise do início de uma crise empregatícia que é o trabalho informal, marcada por incertezas e desconforto pelo lado do empregado. Nesse cenário importante a discussão acerca do instituto da pejotização e das consequências disso para a prestação de serviços. A pesquisa em destaque pretende verificar se a norma do artigo 442-B, CLT, introduzida pela Lei 13.456/2017 está em compasso com o princípio da proteção e da primazia da realidade ou se apenas buscou positivar a pejotização. Por via da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo concluiu-se que o legislador infraconstitucional desconsiderou a realidade fática da relação de emprego e colaborou para a ampliação da informalidade.

**Palavras-chaves:** Pejotização. Princípio da primazia da realidade. Trabalho informal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Informalidade e precarização do trabalho humano - 3. Emprego: a constatação fática de uma relação jurídica - 4. Positivação da pejotização e ofensa ao princípio da primazia da realidade - 5. Conclusão - 6. Referências

### **1. INTRODUÇÃO**

O trabalho é visto e percebido como uma forma de produtividade, sustento e construção da dignidade do indivíduo. Por meio do emprego garante-se direitos mínimos e fundamentais para a consecução de uma vida digna. Quando se fala sobre informalidade, em uma outra via, normalmente depara-se com a precariedade do trabalho. Essa gera uma dificuldade de um bom labor, pois reduz as possibilidades de proteção daquele que trabalha.

---

96 Graduando do curso de Direito

97 Graduado e Advogado.



A informalidade é muitas vezes acompanhada pela incerteza no que diz respeito à quantidade de trabalho e continuidade do mesmo. Por isso que muitas vezes fica o trabalhador a mercê de uma incerteza se terá dinheiro para os próximos dias. Certamente não é, por essas razões, situação a ser incentivada e nem mesmo positivada pelo Estado.

Nesse contexto a pesquisa em destaque analisa as questões atuais acerca da informalidade do trabalho e suas consequências para a vida do indivíduo. Fala sobre os desafios para sua eliminação e também sobre as novas formas de precarização da mão de obra humana, como a pejetização. Descreve ainda a relação de emprego e conclui sobre a sua característica básica de ser uma relação fática, ou seja, que não depende de contratos formais para ser verificada.

Em vista disso, questiona se o legislador infraconstitucional está em compasso com a necessidade de proteger os trabalhadores, vencer a informalidade e positivar normas em compasso com os princípios trabalhistas. Especificamente, discute a compatibilidade entre o artigo 442-B, CLT e o princípio da primazia da realidade. Por meio do método dedutivo crítico e da pesquisa bibliográfica, desenvolve a pesquisa com hipótese de clara incompatibilidade entre os institutos mencionados.

## **2. INFORMALIDADE E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO**

O trabalho na informalidade tem sido usado como ferramenta para que trabalhadores que se encontram desempregados desenvolvam atividades em vistas da própria manutenção. Sem estabilidade, carteira de trabalho assinada e demais direitos derivados do contrato de trabalho, são submetidos à busca do trabalho informal para garantir sustento familiar. As dificuldades perpassam pela falta de postos de emprego bem como, em inúmeras situações, pela falta de oportunidades de completar a educação básica de forma eficaz. Por tais razões, ficam à mercê da precarização imposta àqueles que se encontram fora da redoma legal.

Através do trabalho, o indivíduo se reconhece no mundo e estabelece uma relação significativa consigo mesmo e com os outros. Na ausência de um trabalho significativo, de uma coletividade que o reconheça e sancione seu engajamento em uma atividade legítima, uma forte precariedade social pode ser ressentida (NORONHA, 2003, p. 115).

Segundo a caracterização de Alves e Tavares (ALVES; TAVARES, 2006, *apud* ANTUNES, 2011, p. 409), "são trabalhadores que ora estão desempregados, ora são absorvidos pelas formas de trabalho precário, vivendo uma situação que, inicialmente, era

provisória e se transformou em permanente [...]”. Normalmente institui-se vendedores, prestadores de serviços gerais, entregadores e demais atividades marcadas pela ocasionalidade.

Prendem-se à sobrevivência, à obtenção de renda que permita o seu sustento e de sua família e por vezes não possuem meta explícita referente à acumulação ou a obtenção de uma rentabilidade de mercado. Continuamente laboram em busca de manutenção para o dia subsequente. Até o final da década de oitenta a informalidade, também intitulada de subemprego, era percebida como um problema principalmente endêmico. Criando então, um ciclo vicioso no qual vive-se para ter o básico, sem expectativas de crescimento assim vivem grande parte da população que se sustenta do trabalho informal (NORONHA, 2003, p. 115).

Dentre as consequências da informalidade está a inserção em um cenário que colabora para dificuldade de se especializar e conseguir um trabalho formal. Ademais, afora da proteção da relação empregatícia, tais indivíduos perdem direitos previstos constitucionalmente e legalmente, como férias, recolhimento previdenciário, fundo de garantia e outros benefícios dispostos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (CACCIAMALI, 2000, p. 164).

Diante das perspectivas precárias do mercado de trabalho informal, auto empregar-se tem se tornado comum. Com a expectativa de migrar de status social, o indivíduo objetiva gerar lucro a partir do próprio trabalho. Ainda que, em verdade, caiba ao Estado brasileiro, conforme artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, empenhar-se para “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988). Nota-se que tal incumbência tem se destinado mais ao indivíduo, que tenta viver a margem sem um positivo panorama sobre o dia que está por vir (CACCIAMALI, 2000, p. 167).

A precariedade do trabalho pode ser vista como imprevisível. Para Marx (MARX, 2004, *apud* VARGAS, 2016, p.318), essas relações sociais de exploração e dominação, baseadas em uma divisão social do trabalho que implica a produção e o acesso desigual à riqueza socialmente produzida, engendram uma consequência fundamental: a alienação do trabalho e do trabalhador. O trabalhador passa a viver na incerteza, marcada por desigualdades, explorações e dominação. O homem se torna objeto de seu trabalho, tornando-se um ciclo vicioso, já que só se afere bens e valor se trabalhar. Trabalha-se, unicamente, com o propósito de ao final do mês poder receber uma gratificação, denominada salário (VARGAS, 2018, p. 318).

Em vistas da proteção internacional do trabalho e em busca da eliminação das situações de precarização do labor humano, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Brasil veio a participar da OIT em meados de 1950 por meio das questões dos indígenas no Brasil. A Comissão postulou a necessidade de que os Estados implementassem políticas integracionistas para proteger os indígenas contra a exploração laboral e outras formas de opressão (FIGUEROA, 2009, p. 17).

Na tentativa de promover o trabalho decente, a OIT lança em 1969 o Programa Mundial de Emprego que contém entre seus principais objetivos avaliar os efeitos sobre o emprego e a distribuição da renda das estratégias de rápido crescimento econômico empreendidas por países retardatários no processo de industrialização (CACCIAMALI, 2000, p. 154). A partir dessa análise é possível verificar que alguns elementos são condicionantes para a configuração da estrutura produtiva dos mercados de trabalho e do setor informal. Certamente dentre eles estão os processos de reestruturação produtiva, a internacionalização e a expansão dos mercados financeiros, o aprofundamento da internacionalização, a maior abertura comercial das economias e a desregulamentação dos mercados. Esses processos criam um ambiente de maior incerteza nos negócios, com menores taxas de crescimento econômico e do emprego que apresentam impactos distintos em mercados de trabalho com características estruturais diferentes (CACCIAMALI, 2000, p. 158).

Em termos gerais, observa-se a diminuição relativa do emprego industrial, maior expansão do emprego terciário e ampliação do setor não estruturado (OIT, 1997, *apud* CACCIAMALI, 2000, p. 171). Situações essas que colaboram para o aumento da informalidade porque muitas vezes é a única opção para os trabalhadores recém-desempregados. Incluindo pessoas com experiência e formação superior, o avanço da informalidade é um dos reflexos da crise econômica, fazendo então com que pessoas bem qualificadas aceitem empregos razoáveis para manter uma estabilidade (SAKAMOTO; CABRAL, 2019).

A ampliação do labor desvinculado da figura do empregador possui inúmeras razões. Fazem parte delas a redução dos postos de emprego, ausência de políticas públicas para promoção do trabalho decente e em algumas ocasiões até mesmo a possibilidade de ganhos superiores àqueles ofertados a quem possui baixa qualificação. Também é possível mencionar a ampliação das atividades de prestação de serviços, que se consubstancia em verdadeira forma de garantir um sustento mínimo ainda que exercendo trabalhos de baixa rentabilidade e produtividade econômica (CACCIAMALI, 2000, p. 160).

Na esteira desse conhecimento, a Convenção 168 da Organização Internacional do Trabalho, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 75.<sup>a</sup> sessão, em Genebra, a 21 de junho de 1988 teve por objetivo a proteção contra o desemprego. Conforme se observa no artigo 7º do documento internacional, todos os membros da Organização devem formular políticas destinadas a promover o pleno emprego, sendo esse reconhecido como aquele que é produtivo e assalariado. De acordo com essa asserção, o emprego deve ser produtivo e oportunizar para o empregado uma formação humana e laboral. Tal protesto afasta-se veementemente dos trabalhos informais, já que esses levam à precarização da mão de obra (OIT, 2020, p. 2).

Não há dúvidas de que é preciso considerar que a integração dos indivíduos se configura através de uma complexa articulação entre diversas instituições e esferas da vida social. Nessas tem-se as formas de integração e solidariedade baseadas nas relações de proximidade e na assistência privada. Essas questões podem ter um papel decisivo não só na constituição de suportes para os indivíduos, mas também para contribuir no enfrentamento dos riscos da existência (VARGAS, 2014, p. 326).

No Brasil, diante das mudanças legislativas na seara trabalhista que fragilizam o estatuto salarial, que permanece em grande medida frágil e instável, a precariedade do trabalho progride assumindo espaços consideráveis. Na medida em que a atividade laboral construída na dinâmica social se estrutura de maneira heterogênea, diante da pluralidade de formas e relações de trabalho, a informalidade, em grande parte positivada e reforçada pelo legislador, tem aumentado os cenários de trabalhos indignos (VARGAS, 2014, p. 328).

Levando-se em conta o que foi observado o trabalho informal vem tomando cada vez mais espaço na vida dos brasileiros que de alguma forma estão à procura de um emprego e se sujeitam a qualquer informalidade que os traga uma estabilidade financeira. Diante disto, há de se perceber que a falta de um trabalho formal deixa o indivíduo sem uma garantia legal de seus direitos trabalhistas haja vista a falta de uma carteira assinada e seus demais benefícios. Vale ressaltar que o trabalho informal pode ser considerado como um subemprego já que o mesmo, em razão da falta de um vínculo, não garante qualquer direito ao indivíduo.

### **3. EMPREGO: A CONSTATAÇÃO FÁTICA DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA**

Uma relação jurídica para ser firmada precisa preencher determinados requisitos, muitas vezes expostos em etapas. Algumas são naturalmente uma relação fática, ou seja, gera uma totalidade de efeitos jurídicos, como direitos e deveres, a partir da manifestação entre as pessoas envolvidas, mesmo que não haja um contrato previamente

estabelecido. Essa relação gera, por vezes, outorga de poderes de um para com o outro, além de subordinação a depender da relação firmada. Nesse cenário pode se enquadrar a relação de emprego. Para que ela se forme e que direitos de deveres sejam estabelecidos não há necessidade de um contrato formal. O mero fato de se verificar a existência dos requisitos da relação de emprego já faz com que o indivíduo desprovido de direitos passa a ser protegido pela Consolidação das Leis do Trabalho nos mostra.

De acordo com a norma legal, a relação de emprego se pauta em cinco requisitos, quais sejam: pessoalidade, subordinação, onerosidade, habitualidade e ser firmada com uma pessoa física. Tais requisitos, como vistos por Godinho (2017, p. 320) indicam que a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural. Não é possível que a relação seja firmada com um animal ou pessoa jurídica. A pessoalidade indica que se trata de uma relação "*intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados" (GODINHO, 2017, p. 320).

Outro requisito é que o trabalho prestado tenha caráter de permanência, ou seja, que haja uma expectativa de que o trabalhador vai retornar ao ambiente de trabalho. Não há a necessidade de que seja prestado todos os dias, mas que seja um trabalho desenvolvido com constância e não de forma eventual. A onerosidade manifesta-se pelo pagamento realizado pelo empregador de parcelas dirigidas a remunerar o empregado. Dentre todos os requisitos mencionados talvez o mais significativo seja a subordinação. Essa indica que o empregado se compromete a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços (GODINHO, 2017, p. 320).

Os requisitos mencionados normalmente estão expressos dentre as cláusulas contratuais, mas para que a relação de emprego seja firmada não há necessariamente essa obrigatoriedade. Isso porque a relação de emprego é uma relação fática. A constatação fática no direito refere-se a uma situação de fato, visando que o contrato pode ser verbal, tácita, expresso ou escrito e ainda assim poderá ser verificado o vínculo empregatício. A constatação pode ser verificada também na relação de emprego, por ser fática, garantindo o diálogo entre o empregado e a lei, assim é o princípio da primazia da realidade. O princípio da primazia da realidade indica que, na relação de emprego, deve prevalecer a efetiva realidade dos fatos e não eventual forma construída em desacordo com a verdade (GARCIA, 2017, p. 59).

No que diz respeito aos princípios, vale mencionar os estudos de Alexy sobre o tema. De acordo com o autor, considera-se regras como mandamentos definitivos, em

oposição aos princípios, que são mandamentos de otimização, sendo assim as regras são cumpridas com base no tudo ou nada, quanto os princípios são gradualmente ponderados (ALEXY, 2019 *apud* Bäcker, 2000, p. 59). As normas trabalhistas nasceram amparadas por princípios, que visam o protecionismo da classe trabalhadora. O princípio protetor norteia todo o ordenamento jurídico do direito do trabalho (BOAVENTURA, 2013, p. 188), visando igualar partes que estão naturalmente em situação de desigualdade.

Tal desigualdade é histórica, vez que “o direito do trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a revolução industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalhador” (CASSAR, 2009, p. 10). Diante da luta de classes, no contexto de desigualdade econômica e social, o Estado passou a intervir nas relações de trabalho trazendo normas imperativas. Essas impõem-se à vontade dos destinatários, estabelecendo direitos indisponíveis e irrenunciáveis e reduzindo a autonomia da vontade e fortalecendo os direitos trabalhistas (BOAVENTURA, 2013, p. 191).

As normas trabalhistas surgem embasadas por princípios que visam dar proteção ao empregado hipossuficiente, fazendo justiça social e tendo por finalidade um maior aproveitamento do trabalhador com condições dignas para realizar um trabalho produtivo e eficiente. Por essa razão esse princípio é um alicerce para corrigir falhas do passado, trazendo soluções para embasar a criação de novas normas que garantam a estabilidade do trabalhador. Nessa esfera é que se percebe que o princípio protetor é tão importante para a ciência trabalhista, já que “é a proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho [...]” (NASCIMENTO, 2009, p. 388).

O princípio da proteção traz sustentáculo para os demais princípios trabalhistas. “Por exemplo, é com base no princípio da primazia da realidade, que um empregado consegue provar um salário pago de forma ociosa, bem como horas extras” (MONTEIRO, 2010, p. 32). Nota-se que por se considerar a necessidade de proteger o empregado é que se entende que a realidade é mais importante do que os documentos. Para Souto (2018) esse princípio é muito aplicado no âmbito laboral, principalmente para impedir procedimentos fraudulentos praticados pelo empregador no sentido de tentar mascarar o vínculo de emprego existente. Portanto, a realidade sobressai o âmbito formal para o princípio da primazia da realidade, sendo importante mais a realidade do que o pacto entre empregado e empregador.

“Em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no

terreno dos fatos" (MONTEIRO, 2010 apud DAMASCENO, 2010, p. 34). Percebe-se então que para tal princípio o que prevalece é o mundo fático e não o que está firmado como um documento. Devendo ele ser aplicado independente da parte que será beneficiada. Vale ressaltar que o princípio da primazia da realidade se destina mais à relação de emprego do que aos seus participantes (MONTEIRO, 2010 apud DAMASCENO, 2010, p. 36).

O fundamento do princípio ora em estudo pode ser encontrado não só na necessidade de proteção do trabalhador, mas também na exigência de boa-fé, da qual necessariamente decorre a prevalência da verdade. Busca a realidade dos fatos, mesmo que um documento prove ao contrário (ROMAR, 2018, p. 71). Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pode-se observar a incidência do princípio da primazia da realidade em seu no artigo 9º da CLT, o qual preceitua que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação" (BRASIL, 1943).

Em virtude dos princípios os legisladores passam cada vez mais a usá-los em suas decisões como também para criar normas:

**SALÁRIO CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.** Havendo prova nos autos de que o salário efetivamente recebido pelo trabalhador é diverso daquele anotado em CTPS, está perfeitamente correta a sentença que reconheceu o verdadeiro salário contratual, por força do princípio da primazia da realidade [...] (BRASIL, 2011).

Nota-se que, em que pese a CTPS do empregado apresente um valor anotado como aquele referente ao seu salário, a instrução processual demonstrou que esta não era a quantia efetivamente recebida por este, razão pela qual houve a correta aplicação do princípio da primazia da realidade para reconhecer o valor comprovado nos autos como o verdadeiro salário do trabalhador. O princípio mencionado pode ser usado tanto para aplicação direta no caso concreto quando na sua função integrativa e informadora. Isso porque não apenas como tipo de norma ele se faz necessário.

Os princípios possuem funções, dentre elas possui a função interpretativa que é destinada ao legislador, que lhe confere a atividade legislativa em consonância com os princípios e valores políticos, sociais, éticos e econômicos do ordenamento. A função interpretativa é vinculada ao aplicador do direito, já que prestam a compreensão dos significados contidos na norma que compõe o

ordenamento jurídico. No que tange a função normativa, a mesma também é destinada ao aplicado do direito, decorre na possibilidade da aplicação do princípio tanto na forma direta, ou quanto a forma indireta por meio de uma lacuna. (GAVIÃO BASTOS *apud* LEITE).

Sendo assim, o legislador deve estar sempre atento aos princípios e suas interpretações no direito. Principalmente no que tange à criação de outras normas. Para que o ordenamento jurídico permaneça coeso é preciso que as normas criadas continuem atentas aos princípios já existentes. Conforme visto anteriormente, decisões sendo tomadas diante do uso de um princípio, cujo juiz teve que se atentar para dar sua decisão coerente, identifica também a função normativa dos princípios. Isso decorre do fato de que ele também compõe o ordenamento jurídico, podendo ser usado diretamente ou indiretamente. Isso equivale ao momento em que "(...) o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe" (BOAVENTURA *apud* REALE, 2003, p. 322).

Conforme o princípio da primazia o contrato de trabalho não se delimita ao que se está escrito ou formalizado no mesmo, devendo ser também considerado os fatos ocorridos durante a prestação de serviço, em seu dia a dia, auferindo, desta feita, a verdadeira intenção de vontade das partes (SANTANA, 2014, p. 27). Por essa razão é que em tantas vezes pode-se identificar formalidade onde se insiste dizer viger a informalidade. Esse princípio "assegura a prevalência na ordem jurídica trabalhista, da realidade objetiva dos fatos sobre a formalidade inerente a documentos ou acordos" (CABRERA *apud* VILLELA, 2010, p. 26), assegura ainda proteção ao trabalhador envolto de relações informais derivadas de fraudes.

Trata-se, de conferir uma credibilidade maior a realidade fática da relação de emprego, ainda que tenha divergências com aquilo que foi pactuado ou documentado no contrato (SCHNEIDER, 2010, p. 32). O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real de uma situação de litígio trabalhista (CABRERA *apud* GODINHO, 2014, p. 206).

Conforme exposto, é notória a importância do princípio da primazia da realidade, já que por meio dele observa-se que a realidade trabalhista conta mais do que o que foi acordado em um documento. Assim ele tem por finalidade desmascarar hipóteses fraudulentas contra o trabalhador, principalmente quando se diz existir uma relação de trabalho informal precário. Para este princípio a realidade sobressai o âmbito formal, caso



haja conflitos dar-se-á prioridade ao que realmente aconteceu de fato e não aquilo que está escrito em forma de um documento.

#### **4. POSITIVAÇÃO DA PEJOTIZAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE**

Os princípios pertinentes às relações trabalhistas precisam ser observados, conforme visto, nas suas funções normativas, informadoras e interpretativas. Para a pesquisa em destaque a função informadora releva-se pertinente à medida em que indica a necessidade de que o legislador na construção da norma jurídica continue por manter a integridade do sistema principiológico. Nesse sentido, a Lei n. 13.456/2017, denominada reforma trabalhista, foi vista como a esperança de que trabalhadores conseguissem mais empregos, estabelecesse planos de carreira, melhora na remuneração e disseminação de acordos coletivos. Ocorre que, na construção de inúmeras normas verificou-se que o legislador ordinário não se atentou aos princípios já pertinentes às relações de trabalho.

Nota-se tal questão, por exemplo, na ampliação da autonomia da vontade das partes, já que em inúmeros dispositivos foi permitido que o trabalhador negociasse questões pertinentes ao seu contrato de trabalho de forma individual. O princípio da primazia da realidade, nesse caso, diante da reforma trabalhista de 2017, passou a ser questionado. Por esse ter como objetivo observar a realidade do empregado e a autonomia da vontade permitir que ele dialogue com o empregador de forma direta, dúvidas pode-se surgir sobre a sua aplicabilidade. “Em virtude da sua inferioridade jurídica [...] seu empregador poderia, com relativa facilidade, obrigá-lo a assinar documentos contrários aos fatos e aos seus interesses” (COELHO *apud* CASSAR, 2019, p.26).

Delgado pontua também que “o princípio do contrato autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem [...]” requisito da relação de emprego (COELHO *apud* DELGADO, 2019, p.28). Assim não cabe falar de trabalho autônomo ou mero prestador de serviços quando faticamente vê-se que a relação de trabalho informal na verdade reveste-se de formalidade. “O referido princípio é amplamente utilizado na prática trabalhista, pois ocorre várias tentativas de criar uma realidade irreal, sobre a não existência de vínculo de emprego” (KASSIN *apud* RESENDE, 2018, p. 29).

Desde a criação do texto legal, informa-se sobre o direito tentando ajudar àqueles que trabalham para realizar melhorias à fim de um bom alcance para uma regra equilibrada, sendo extremamente fundamental ser observado tais princípios para a proteção dos trabalhadores que muitas vezes desconhecem de seus direitos (KASSIN, 2018,

p. 22). Em descompasso com essa premissa e também com os princípios mencionados o legislador reformista positivou na norma do artigo 442-B, CLT a contrariedade em face da primazia da realidade. De acordo com o dispositivo, “a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação (BRASIL, 2017).

Se o trabalhador é autônomo não é empregado. Portanto, a sua inclusão na CLT mais parece uma tentativa de burlar a relação de emprego, que de reconhecer que o autônomo não é empregado. O fato de existir contrato de prestação de serviços escrito ou com as formalidades legais não afasta, por si só, o liame empregatício (BONFIM, 2017 p. 20).

Como visto anteriormente, a existência da relação de emprego não depende das partes nem mesmo do contrato firmado. Será observada a relação jurídica diante a análise da realidade, importando a prática além daquilo que foi pactuado entre as partes de forma solene. Vale ressaltar que, em uma audiência, vale mais o depoimento de testemunhas do que um mero documento, ressaltando o princípio da primazia da realidade por aferir elemento fático-jurídico da subordinação (PARAHYBA, 2019, p. 01).

Na ciência trabalhista atenta-se para a prática concreta da prestação de serviço. O princípio da primazia da realidade sobre a forma torna-se um poderoso instrumento para confrontar a verdade real em uma situação de litígio trabalhista (GODOY *apud* DELGADO, 2017). Logo não é possível sustentar uma relação de informalidade, inúmeras vezes precária, pela simples positividade do legislador.

Nesse viés e em decorrência da busca de maior produtividade e lucro por parte das empresas surge o fenômeno da pejetização. Atualmente pode ser considerada uma nova modalidade fraudulenta ao sistema jurídico. Isso porque fere o vínculo empregatício e futuros direitos do empregado (COSTA; TERNUS, 2012, p. 201-202). Em tese, parte-se da ideia de que o trabalhador é a figura hipossuficiente na relação empregatícia, sendo o lado mais fraco, por isso vê-se muitas vezes obrigado a ceder a pedidos do empregador para garantir-se economicamente. A pejetização significa exigir que o trabalhador abra uma empresa, sob qualquer modalidade, para que de forma fática ele deixe de ser uma pessoa natural prestando serviços e assim perca-se um dos requisitos do vínculo empregatício.

O princípio da primazia da realidade, todavia, aplica-se diante dessas situações. Como significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços (MELO *apud* BARROS, 2015), não é

possível que a simples abertura de uma empresa seja capaz de afastar a formação do vínculo. A pejetização não permite que o trabalhador tenha seus direitos garantidos por isso deve ser entendida como um instituto que viola a boa-fé e por isso não deve ser admitido. A situação fática da pejetização deve ser comprovada como fraude pela análise do princípio da primazia da realidade (MELO, 2015, p. 10).

Importante que, no âmbito trabalhista, a pejetização aparece para minimizar os custos decorrentes de encargos trabalhistas e eventuais rescisões (RODRIGUES, 2015, p. 10-16). A “pejetização” configura o oposto dos direitos alcançados pelos trabalhadores, como a ausência de uma segurança que as leis trabalhistas garantem. Deve-se expor que o indivíduo que a pratica comete ilícito contra as leis trabalhistas e é devidamente punido. Por essa razão é que a positivação prevista no artigo 442-B, CLT não pode ser mantida, já que visa estabelecer que a realidade não valerá sobre os documentos. Trata-se, em suma, de positivar a pejetização.

Desenlace para tanto que a reforma trabalhista trouxe inúmeras mudanças notadamente prejudiciais ao trabalhador. Dentre elas a citada. Ao invés de trazer normas que visassem reduzir os casos de informalidade, positivou o dispositivo discutido na pesquisa como forma de incentivá-la. Nota-se uma ofensa ao princípio da primazia da realidade. Diante da nova era da pejetização, no qual realiza-se a contratação de pessoa física constituindo a pessoa jurídica para a realização do serviço, a previsão legal camufla a subordinação, item essencial para a relação de emprego. A propósito, em tal caso, encobre todo direito em que o empregado tem pela pejetização, já que o mesmo, exclui futuros direitos, aparecendo aí, o princípio norteador para tais problemas, pois é por meio dele em que consegue analisar diante de fatos expostos ao invés de fatos documentados.

## **5. CONCLUSÃO**

A informalidade tem ganhado espaço porque o avanço do mercado tem impulsionado maiores desejos por lucro e redução de custos. Ocorre que a sua positivação por parte do legislador ofende a Constituição Federal no que diz respeito à valorização do trabalho humano e os princípios da ciência trabalhista. A pejetização é uma forma de incentivo à informalidade, já que é um fenômeno que visa redução e precarização do trabalho humano.

A pesquisa buscou verificar se o legislador trabalhista infraconstitucional se preocupou com o princípio da proteção e da primazia da realidade ao positivar a norma do artigo 442-B, CLT. Apontou-se como hipótese que não, já que o dispositivo positiva a

relação trabalhista como uma mera relação documental e não uma relação devidamente fática como ela é. Ademais, porque incentiva a pejotização acaba por precarizar o trabalho.

A pejotização camufla a subordinação, por consequência, mascara a relação de emprego do prestador de serviço. Por essa razão é que o dispositivo claramente ofende o princípio da primazia da realidade, cabendo aos juristas mostrar que através dele valida-se os fatos e não o que está documentado e acordado entre as partes. Levando em consideração esses aspectos é evidente a importância do uso e conhecimento dos princípios no Direito do Trabalho para a criação e aplicação das normas.

## 6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e as formas diferenciadas da reestruturação produtiva no Brasil dos anos 1990. **Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto**, Campinas, v. XXVII, 2014, p. 11-25, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/soc/v27/v27a02.pdf>>. Acesso em 20. jun. 2020.

BÄCKER, Carsten. **Regras, Princípios e Derrotabilidade**. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 102 | pp. 55-82 | jan./jun. 2011.p.59 disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/18057/14847>. Acesso em: 12 de julho de 2020

BASTOS, Vanessa Cristina. **Reflexões sobre a Reforma Trabalhista: a (Im) Possibilidade de Mitigação de Princípios, pela Perspectiva da Integridade do Direito**. Revista de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, ISSN 2674-7324, v. 1, n. 2, jul/dez 2019. disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/Dirdotrabalhoeprocessodotrabalho/article/view/1497/1376>

BOAVENTURA, Juliana de Fátima. **A Importância da Evolução Histórica do direito do trabalho para a classe trabalhadora: o surgimento de normas trabalhistas fundamentadas por princípios Protecionistas**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Região, 18ª. Escola Judicial – v. 1, dez. 2001- . – Goiânia, 2001. v. 13, dez. 2013. disponível em: <http://www.trt18.jus.br/BASESJURIDICAS/PUBLICACOES/REVISTAS/Revista2013.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2020

BOAVENTURA, Paula Cristina. **Os Princípios Constitucionais do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. Universidade Católica de Salvador. 2019. disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/609/1/TCCPAULABOAVENTURA.pdf> Acesso em: 12 de julho de 2020

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Edição administrativa do Senado Federal, Brasília: 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 20. jun. 2020.

BRASIL, TRT-14 - **RO: 164 RO 0000164**, Relator: JUIZA FEDERAL DO TRABALHO CONVOCADA ARLENE REGINA DO COUTO RAMOS, Data de Julgamento: 04/08/2011, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.145, de 05/08/2011.

CABRERA, Thaisa. **A Pejotização Frente às Normas e Princípios Trabalhistas e o Contexto de Flexibilização**. Centro Universitário Toledo Araçatuba, 2014. <http://www.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/950>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

CACCIAMALI, Maria Cristina. **Globalização e processo de Informalidade. Economia e Sociedade**. Campinas, v. 14, p. 153-174, jun. 2000. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643124>>. Acesso em 20. mai. 2020.

CASSAR, Vólia. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Borges. Leonardo. Editora Método e Gen. 2ª edição. 2018. Disponível em: [http://sumarios.grupogen.com.br/jur/MET/9788530978846\\_Amostra.pdf](http://sumarios.grupogen.com.br/jur/MET/9788530978846_Amostra.pdf). Acessado em: 24 de julho de 2020.

CASSAR, Vólia. **Direito do Trabalho de acordo com a Reforma Trabalhista**. 16ª Edição. Gen e Editora Método, 2018, p.241

DELGADO, Maurício Godinho. **Critérios de Caracterização da Relação Empregatícia. Curso de Direito do Trabalho**. 16ª edição. revisto e ampliado. São Paulo, 2017.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. 2009. disponível em: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4382/3/T1560-MDE-Salinas-La%20consulta.pdf>. Acessado em 24 de julho de 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe. **Princípio da Primazia da Realidade Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. Gen e Editora Forense. 2017.

MOURA, Samara Moura Valença de. **A aplicação do princípio da primazia da realidade no combate ao fenômeno da pejotização**. Revista Direito UNIFACS. 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2687/1938>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29ª edição. São Paulo: Saraiva 2009.

NORONHA, Eduardo. **Informal, ilegal, injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil**. Revista brasileira de ciências sociais. v. 18, n. 53. p. 111-179, out., 2003. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-69092003000300007&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-69092003000300007&script=sci_arttext). Acesso em 26. jun. 2020.

OIT, CONVENÇÃO N. 122. 2020. Disponível em:  
[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235572/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235572/lang--pt/index.htm). Acesso em:  
26.jun.2020.

RAMOS, Michelle. **Princípio da Primazia da Realidade na relação de trabalho.**

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. 2010. p. 32. disponível em:  
[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/n203334.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/n203334.pdf). Acesso em: 12 de julho de  
2020

ROMA, Carla Teresa. Princípio da Primazia Da Realidade. LENZA Pedro. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Jus, 2018 p.71

**SAKAMOTO; CABRAL, Felipe e Lucas. Quais são as consequências do trabalho informal no país. Você S/A. disponível em:** <https://vocesa.abril.com.br/geral/quais-sao-as-consequencia-do-trabalho-informal-no-pais/>. Acesso em: 08 de julho. 2020.

SCHNEIDER, Jéssica Marcela. **O Princípio da Primazia da Realidade e Sua Aplicação Enquanto Instrumento de Combate à Fraude à Relação de Emprego.** disponível em:  
<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27354/000764603.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. acesso em: 12 de julho de 2020.

SOUTO, Rafael. **Princípio da primazia da realidade.** 20ª edição. Salvador: editora jus podivm. 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** Ed. LTR. 2ª edição, 1998. 338p. disponível em:  
[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236246/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236246/lang--pt/index.htm)

VARGAS, Francisco Beckenkamp. **Trabalho, emprego, precariedade: dimensões conceituais em debate.** Caderno CrH, Salvador, v. 29, n. 77, p. 313-331, mai./ago., 2016. Disponível em:  
<<https://www.redalyc.org/pdf/3476/347648350008.pdf>>. Acesso em 26. jun. 2020. ACESSO EM: 12 DE JULHO 2020