# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 937

(Ano XI)

(21/12/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

***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
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

## COLUNISTA DA SEMANA

**América do Sul virou bomba-relógio (vai explodir?)**
*18/12/2019 | Luiz Flávio Gomes* ..... 05

## ARTIGOS

**A criminologia crítica**
*20/12/2019 05:00 | Marcelo dos Anjos De Castro* ..... 09

**A responsabilidade civil do transportador aéreo internacional, frente a antinomia do Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal, no que tange indenizações.**
*20/12/2019 Daiane Souza Gomes* ..... 32

**Da inconstitucionalidade e consequente nulidade da decisão proferida nas ADC' 43, 44 e 54.**
*20/12/2019 Ubiratan Rocha Fernandes* ..... 68

**Direitos e deveres constitucionais relativos ao meio ambiente**
*20/12/2019 Caio Nunes de Barros* ..... 74

**Uma análise do medicamento spinraza – judicialização da saúde**
*20/12/2019 Claudia Beatriz Maia Silva* ..... 86

**Princípios cardeais do Direito Penal**
*20/12/2019 Carlos Eduardo Alves de Assunção* ..... 97

**O recurso extraordinário como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade**
*19/12/2019 Lázara Cristina Gonçalves Tavares de Souza* ..... 113

**Controvérsia jurídica acerca da cobrança de ICMS nas tarifas TUST e TUDS na conta de energia elétrica**
*19/12/2019 Abílio Diniz Guimarães Oliveira* ..... 129

**O controle de constitucionalidade no Brasil**
*19/12/2019 Claudia Beatriz Maia Silva* ..... 145

**A constitucionalidade da prisão em segunda instância: aspectos legais favoráveis e desfavoráveis**
*19/12/2019 Anderson Maciel das Chagas* ..... 164

**O Conselho Nacional de Justiça e seus limites sobre a atuação das serventias extrajudiciais**
*19/12/2019 Denise Kobashi Silva* ..... 183

**(Des)criminalização do aborto: STF legislando em matéria penal**
*19/12/2019 Elka Tourinho Benicio dos Santos* ..... 201

**Cadê a autoridade da Constituição?**
*18/12/2019 Ramiro Ferreira de Freitas* ..... 211

**A importância do local de crime e a policia**
*18/12/2019 Antonina Alves Godinho* ..... 226

**Direito à saúde: os limites contratuais dos planos de saúde privados e o ativismo judicial diante da negativa de tratamento médico**
*18/12/2019 Ariadne Celinne de Souza e Silva* ..... 241

**Conscientização Ecológica, Game Studies e Lei 9795/99: a busca de valores ambientais através de jogos eletrônicos de educação para a sustentabilidade**
*18/12/2019 Thiago dos Santos Rocha* ..... 264

**Da (im)possibilidade da execução provisória da pena após a condenação em 2o grau: Uma análise à luz da Constituição e do Supremo Tribunal Federal**
*18/12/2019 Luís Felipe Reis de Castro* ..... 282

**Da aplicabilidade das medidas constritivas atípicas na execução fiscal: uma análise à luz da decisão proferida pelo STJ no HC 453.870-PR**
*17/12/2019 Murilo Santos Ramos* ..... 285

**O papel do Poder Judiciário frente às demandas relativas à saúde**
*17/12/2019 José Henrique Vieira Albuquerque* ..... 307

**Aspectos da criminologia sob a ótica da lei 11.340/06 E do feminicídio**
*17/12/2019 Dirceu Lopes Costa* ..... 328

**Abandono de animais de companhia**
*17/12/2019 Ana Paula da Silva Nascimento* ..... 340

**A contratação direta com fundamento na dispensa de licitação do art. 24, XIII, da Lei 8.666/93**
*17/12/2019 Luciana Fonseca Azevedo* ..... 351

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**O artigo 4° da Lei 13.654/2018 e a repercussão acerca da (in)constitucionalidade formal no que se refere à revogação do inciso I do §2° do art. 157 do Código Penal**
*17/12/2019 Ana Luiza Braun Ary* ..... *364*

**Uma análise da teoria da separação de poderes sob a ótica de João Maurício Adeodato e da decisão judicial**
*17/12/2019 Cariel Bezerra Patriota* ..... *386*

**Inovações trazidas pela lei nº 13.654/2018 aos crimes de roubo e furto**
*17/12/2019 Joselia Gomes do Carmo* ..... *392*

**A importância para um casal definir um regime de bens**
*16/12/2019 Ana Paula da Silva Nascimento* ..... *402*

**O direito ao porte de armas e a ineficácia do Estatuto do Desarmamento**
*16/12/2019 Lidiani Alves Sartori* ..... *413*

**Considerações sobre o Estatuto da Igualdade Racial**
*16/12/2019 Gisele de Assis Campos* ..... *469*

**Segurança Pública e Controle Social: Perspectivas da atuação direta do povo**
*16/12/2019 Israel Evangelista da Silva* ..... *482*

**Análise da imissão provisória de posse do Decreto-Lei n° 3.365/41**
*16/12/2019 Claudio Coutinho Neto* ..... *500*

**O incidente de assunção de competência segundo o CPC/15**
*16/12/2019 Erica Izabel da Rocha Costa* ..... *521*

**Alheamento eleitoral: votos nulos e brancos**
*16/12/2019 Maria Laura de Melo Sousa* ..... *526*

**Projeto de Ressocialização dos Internos no Sistema Prisional de Porto Nacional/TO**
*16/12/2019 Ricardo França Gomes* ..... *536*

**A sistemática das constelações familiares na concretização do acesso à justiça**
*16/12/2019 Maria Vanderlania Ferreira de Santana* ..... *555*

**Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: breve análise histórica da construção dos termos**
*16/12/2019 Allane Lima de Moura* ..... *578*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# AMÉRICA DO SUL VIROU BOMBA-RELÓGIO (VAI EXPLODIR?)

**LUIZ FLÁVIO GOMES**: Deputado Federal por São Paulo (2019-2023) - é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

Quando os grandes investidores estrangeiros, contando 17 petrolíferas internacionais, ausentaram-se do leilão do pré-sal no Brasil, no dia 6/11/19, acendeu-se uma luz amarela. Isso aconteceu por várias razões técnicas, mas, também, pela deterioração do ambiente político-econômico sul-americano.

Mais do que frustração, o ministro da Economia Paulo Guedes sentiu o golpe. Existe uma insegurança profunda que reina hoje sobre a América do Sul (todos os setores financeiros e agências de risco europeus e norte-americanos já vêm detectando isso há alguns meses – ver Jamil Chade, UOL 11/11/19).

Ninguém sabe o que vai ocorrer com essa região do planeta nos próximos dias ou meses. A desconfiança alcançou patamares de altíssimo risco. Sobretudo agora depois do golpe (ou contragolpe) na Bolívia, com a participação militar. Já se fala abertamente numa possível guerra civil.

O mais grave: a total desconexão das plutocracias ricas (elites poderosas que efetivamente dominam as nações e que canalizam a sua riqueza para os seus bolsos) com as necessidades básicas da população. Isso é mais do que evidente em vários países, destacando-se neste momento o Chile. Os privilegiados levaram tudo (desde Pinochet) e a população não suporta mais a desigualdade.

O país dos melhores índices macroeconômicos também criou uma rede de dominação hermética e onipresente, que envolve o poder econômico e político. Seus privilégios de castas são odiosos, pagam menos impostos que a população pobre, sonegam, praticam elisão e evasão fiscal, aparecem nas listas dos mais ricos do mundo (revista *Forbes*) e não manifestam nenhum tipo de conexão ou compaixão com as classes carentes.

Paralelamente a essa plutocracia que impõe a concentração brutal da riqueza nas mãos de poucos, em toda América do Sul, existe um outro grupo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dentro das elites, que também faz parte do Big Power, mas aí está para roubar impunemente, que é a cleptocracia. Big Power é um conceito mais amplo que abarca dos dois fenômenos citados: plutocracia e cleptocracia.

A cleptocracia vive da roubalheira e da corrupção. A Justiça quase nunca funciona contra ela (sempre tem uma brecha na lei). A descrença, a desconfiança é absoluta. O sentimento de injustiça gera muito ressentimento, este gera ira, ódio e raiva e estes levam o povo às ruas.

Não importa se o governante é de esquerda ou de direita. O sistema plutocrata está acima das ideologias. Em 29 anos de democracia, o Chile foi governado 24 anos pela esquerda e 5 pela direita. Na Nova Democracia (desde 1985) o Brasil foi governado por Sarney (centro-direita), Collor e Itamar (direita), FHC (social-democracia/centro direita), Lula e Dilma (esquerda), Temer (direita) e Bolsonaro (extrema-direita).

São 34 anos de alternância no poder e de continuidade da plutocracia e da cleptocracia (seus privilégios e roubalheiras permanecem intactos). Os sobrenomes se repetem na política e no Congresso, no governo e nas diretorias das empresas públicas assim como no mercado. As portas giratórias não param de funcionar (gente do mercado ingressa no governo e, gente do governo ocupa posições no mercado).

A situação se agrava a cada dia. Na Venezuela existem "dois" presidentes (Guaidó e Maduro). Muitos aceitam que Maduro é um presidente ilegítimo, com total desmoronamento das instituições legislativas e judiciais. A cada manifestação popular, dezenas de mortos são enterrados. Povo dividido, iminência de guerra civil.

No Peru vários ex-presidentes estão presos ou controlados pela Justiça por corrupção. Uma nova eleição pode ser que ocorra, se no meio não vier um golpe de Estado. Na Argentina voltou ao poder o peronismo kirchnerista, que foi uma resposta do povo à plutocracia desconectada da realidade dirigida por Macri, geradora de desigualdades brutais (pobreza e miséria).

O menosprezo de todas as plutocracias com as necessidades do povo não cessa. As desigualdades, tirando alguns momentos excepcionais (como a primeira década de 2000 – década dourada da região por causa do boom das commodities), incrementam-se com total desprezo às pessoas. Desconsideração chocante. Até mesmo desumanização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com o FMI, a América Latina terá o pior desempenho econômico em 2019: 0,2% de aumento no PIB. Para se ter uma ideia da gravidade desse número, a África Subsaariana vai crescer 3,2%. Índia e China vão ter incremento no PIB de 6,1% (ver Oliver Stuenkel, *El País*, 11.11.19).

A América do Sul, assim, ocupa a lanterna do crescimento econômico, mas ao mesmo tempo é a região mais violenta do planeta (cerca de 30 assassinatos para cada 100 mil pessoas). Sobra violência e falta crescimento econômico.

É evidente que são previsíveis muitas manifestações populares de descontentamento. As plutocracias geram desigualdades abissais, que geram ressentimento, que gera raiva, que gera protestos (muitas vezes violentos).

Devem crescer, com o tempo, assustadoramente, as ondas migratórias. Os venezuelanos já estão por toda parte. Em breve começaremos a ver outros irmãos sul-americanos caminhando sem rumo e sem destino, em busca de algo para comer ou beber.

A destruição do meio ambiente prossegue em toda parte. Pouca fiscalização. Falta consciência de finitude do planeta. Muitos governos incentivam a devastação da nossa "casa" planetária. Esquecem que foi assim que se deu o colapso da Ilha de Páscoa (ver Jared Diamond, *Colapso*).

Sem crescimento econômico sustentável, economia centrada na exportação do agronegócio, povo sem escolaridade, sem preparo, totalmente menosprezado pelas plutocracias desconectadas, baixo desenvolvimento tecnológico, sem inovação, desconhecimento total da revolução tecnológica 4.0, juventude sem rumo, desindustrialização, comércio falindo... é evidente que o desemprego massivo tende a se consolidar. Já é hora de pensar nas pessoas e não mais nos empregos (Harari). A era tecnológica veio para dar alguns empregos altamente qualificados a poucas pessoas. As demais serão "desprezíveis", "descartáveis". O que fazer com essas pessoas?

É nítido o colapso do serviço público em toda nossa região. Das crises se chegou ao caos e do caos veio o colapso. O povo já não sabe para onde ir. Nas filas dos hospitais estão morrendo milhares de pessoas sem atendimento médico adequado.

Do ponto de vista ideológico, nossa América do Sul virou um inferno. Os governantes já não governam, vivem suas teorias conspiratórias (imperialistas, anti-imperialistas), correndo diariamente atrás dos seus moinhos de vento. E os problemas reais vão se agravando.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As três grandes narrativas do século XX (fascismo, comunismo e capitalismo liberal inclusivo) se derreteram (ver Harari, *21 lições para o século 21*). As pessoas ficam sem narrativas. Caem, então, nos contos ideológicos baratos e embusteiros.

O Presidente do Brasil não conversa com o Presidente da Argentina (se isso se refletir na economia, será um desastre total para os dois). Vários governantes não reconhecem (o ditador) Maduro como presidente. Cuba alimenta sempre o imaginário da região.

As matérias primas apresentam queda nos seus preços. China já não está crescendo tanto. Os gastos sociais têm limites (responsabilidade fiscal). As plutocracias ignoram por completo a população indignada e insegura. As taxas de aprovação dos governos (de esquerda ou de direita) não se sustentam.

A polarização ideológica, extremamente odiosa, pode estar gerando um caldo de (in)cultura extremamente violento. Em regiões devastadas e dilaceradas como a América do Sul, com seus governantes correndo atrás de moinhos de vento, é mais do que previsível o desencadeamento de um massacre massivo ideológico (repetindo-se o genocídio fascista italiano do começo do século XX).

Ninguém quer que isso ocorra, evidentemente, mas não há como não falar de algo previsível. Não queremos ser apocalípticos. Não se trata de anunciar o fim do mundo. Mas só constatar o que já está no radar das agências de risco do planeta.

É neste contexto de tremenda insegurança que as empresas petrolíferas não quiseram participar do leilão do pré-sal. Podiam fazer diferente?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

**MARCELO DOS ANJOS DE CASTRO:** Formado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, Pós-graduado em Direito Contratual pela Universidade Cândido Mendes. Atualmente exerço o cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas (aprovado em 1º lugar); aprovado nos concursos de Escrivão de Polícia do Paraná (2010); Polícia Rodoviária Federal (2013) e Delegado de Polícia do Ceará (2015).

**RESUMO:** O artigo objetiva analisar de forma breve a criminologia crítica destacando as suas principais características. A criminologia é uma ciência que está diretamente relacionada ao Direito Penal, caracteriza-se por estudar os desvios das normas penais e sociais, o crime, o delinquente, a vítima e o controle social, agrupa conhecimentos a fim de contribuir com o enriquecimento da atividade científica e a compreensão da realidade atual, através da interdisciplinaridade. Ao tratar da criminologia crítica, percebeu-se que a Teoria do Etiquetamento Social dispõe que as condutas só são criminosas quando as instâncias de controle social as rotulam dessa maneira e considera o crime, o criminoso e a criminalidade como resultados desses rótulos. O processamento criminal atual é responsável pela viabilização da permanente criminalização das classes desfavorecidas socioeconomicamente e a intensa proteção das classes dominantes e detentoras de capital, o que acarreta na influencia no processo de criminalização primária e secundária. Verificou-se que ao analisar os aspectos negativos do sistema penal, a criminologia crítica contribui para refletir sobre as mazelas e preconceitos existentes e que tem influenciado negativamente em nosso sistema penal, permitindo com isto, pensar em mudanças no sistema existente.

**Palavras-Chave**: Criminologia. Criminologia Crítica. Sistema Penal.

**ABSTRACT**: The article aims to briefly analyze critical criminology by highlighting its main features. Criminology is a science that is directly related to Criminal Law, is characterized by studying the deviations from criminal and social norms, crime, the delinquent, the victim and social control, grouping knowledge in order to contribute to the enrichment of scientific activity and the understanding of current reality through interdisciplinarity. When dealing with critical criminology, it was noticed that the Theory of Social Labeling provides that behaviors are only criminal when

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

the instances of social control label them in this way and considers crime, the criminal and crime as results of these labels. The current criminal processing is responsible for making possible the permanent criminalization of the socio-economically disadvantaged classes and the intense protection of the dominant classes and holders of capital, which has an influence on the process of primary and secondary criminalization. It was found that by analyzing the negative aspects of the criminal justice system, critical criminology contributes to reflect on the existing harms and prejudices that have negatively influenced our criminal justice system, thus allowing us to think about changes in the existing system.

**Keywords**: Criminology. Critical Criminology. Penal System.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Criminologia. 2.1 Funções e Finalidades da Criminologia. 2.2 O Objeto, o Método e as Metas da Criminologia. 3 A Criminologia Crítica. 3.1 A Criminalização Primária e Secundária: A Dupla Seleção do Sistema Penal. 3.2. Política Criminal Alternativa. 3.3. Vertente Abolicionista: Abolicionismo Radical Penal. 3.4. Intervenção Penal Mínima: O Direito Penal Mínimo. 4 Considerações Finais. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A criminologia surgiu para revolucionar o pensamento acerca da sociedade e dos indivíduos. Especificamente, a criminologia crítica surge como uma ciência responsável por analisar os aspectos negativos do sistema penal

Diretamente ligada ao Direito Penal, a criminologia é uma ciência caracteriza-se por estudar os desvios das normas penais e sociais, o crime, o delinquente, a vítima e o controle social, agrupa conhecimentos a fim de contribuir com o enriquecimento da atividade científica e a compreensão da realidade atual, através da interdisciplinaridade (MOLINA; GOMES, 2006). Este conceito aproxima-se das propostas da criminologia moderna, que teoriza que o desvio nasce de conflitos socioeconômicos.

Para Dias e Andrade (1992, p.66) “criminologia é o estudo das causas do crime, sendo crime os eventos cujo âmbito é definido e delimitado por leis e normas estaduais espacial e temporalmente mutáveis”. A criminologia tem oferecido importantes contribuições para a compreensão crítica acerca do fenômeno do “crime” e do “sujeito” que nele incorre.

A Criminologia Critica revela que há conflito de interesses entre quem está representando o povo e quem é representado.

A Criminologia Crítica mostra que há uma seletividade nos presídios nacionais, com o encarceramento de um público de perfil específico. A grande maioria da população carcerária é composta por crimes de tráfico de drogas, roubo e pequenos furtos, e que ali, sujeitos que poderiam ser recuperados, acabam tornando-se raivosos e ansiosos por vingança contra um sistema desumano que lhes forneceu nada além de doenças por falta de higiene e precariedade generalizada. Isso sem contar os mal julgados e mal enquadrados, que nem em cárcere deveriam ser mantidos.

Diante do exposto, indaga-se: qual a contribuição da criminologia crítica para o sistema penal brasileiro?

O artigo tem como objetivo geral analisar de forma breve a criminologia crítica destacando as suas principais características. Os objetivos específicos, são: destacar aspectos conceituais da criminologia; abordar sobre a função, finalidade, o objeto e o método da criminologia e; apresentar os pontos relevantes da Criminologia Crítica em relação ao sistema penal brasileiro.

A abordagem justifica-se à medida que possibilitará compreender os fundamentos da Criminologia Crítica e a sua relevância para o sistema penal brasileiro.

Quanto à metodologia, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica. A revisão bibliográfica caracteriza-se por levantamento de material já elaborado. A pesquisa bibliográfica teve como fontes principais: livros, artigos, materiais publicados em meios eletrônicos e legislação pertinente.

## 2. CRIMINOLOGIA

Etimologicamente estudando a criminologia com base nos ensinamentos de Penteado Filho (2015), entende-se que criminologia é um termo derivado do latim, *crimino*, que significa crime.do grego, *go logo*, que significa tratado ou estudo. Dessa forma, conclui-se ser a criminologia o "estudo do crime".

Uma definição, na concepção de Crespo (2009, p. 01), "importa, seguramente, segundo os dicionários, em demarcar com exatidão, determinar o significado, precisar o sentido do termo ou impor os limites [...]".

Para Calhau (2009), trata-se da formulação de uma ideia, expressão sintética, opinião ou juízo que se faz de alguém ou de alguma coisa, com intuito de determinar seu significado, sentido e limites.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Definir e conceituar, na visão de Calhau (2009), são praticamente sinônimos de limitação. Nesse sentido, melhor que conceituar a Criminologia – ou as Criminologias – é apresentar suas respectivas características a fim de transpassar conhecimento e difundir informações que levem ao entendimento do tema em questão.

Crespo (2009) apresenta como características da criminologia, segundo sua prática de trabalho técnico e intelectual a problematização do crime, a interdisciplinaridade e os objetos relevantes para a compreensão da conduta criminosa.

Ao falar sobre a problematização do crime, o supracitado autor considera o crime um fato humano-biopsicossocial e o vincula, como fato social, às condições sociopolíticas vigentes, defendendo a ideia de que o crime é um fato complexo que possui natureza humana e é juridicamente criminalizado.

Quanto à interdisciplinaridade, Calhau (2009) reconhece a necessidade dos conhecimentos científicos nos diversos ramos do saber para o estudo social criminoso.

Em relação aos objetos, Crespo (2009) dedica-se ao estudo dos objetos relevantes para a compreensão da conduta criminosa, por meio da análise do fato praticado, do sujeito criminoso, do ordenamento jurídico vigente, das condições socioeconômicas da sociedade, das políticas governamentais implementadas e das condições do sistema penitenciário, por exemplo.

Essa correlação entre a problematização do crime o incluindo como fato social, juntamente com a Interdisciplinaridade reunindo todos os conhecimentos científicos das diversas áreas que envolvem o assunto em questão e, por fim, os objetos que levem ao entendimento dessa conduta criminosa, é fundamental para entender o contexto do crime e buscar subsídios que visem não só essa compreensão em si, mas a elaboração de possíveis ações preventivas.

Crespo (2009) entende que a criminologia considera o crime um acontecimento resultado das relações humanas, não se limitando ao mero enquadramento legal, mas estendendo sua constituição a vários elementos reais, que não são reconhecidos processualmente na atualidade por mera conveniência dogmática. O crime é uma construção social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Penteado Filho (2015, p. 21), "a criminologia não estuda apenas o crime, mas também as circunstâncias sociais, a vítima, o criminoso, o protagonismo delitivo, etc.".

Crespo (2009) afirma que, cientificamente, a criminologia propagou-se por Cesare Lombroso, um professor, médico, antropólogo, político e psiquiatra que fundou a Antropologia Criminal através do estudo do delinquente nato e do crime, sob o ponto de vista naturalista.

## 2.1 Funções e Finalidades da Criminologia

Molina e Gomes (2006, p. 365), entendem que essa função é a de "avaliar a resposta social e lesão ao delito, ponderando a qualidade da intervenção que os diversos sistemas existentes contemplam seus pressupostos, fundamentos e efeitos".

Molina e Gomes (2006), ao tratarem sobre a moderna criminologia, destacam que as principais características dessa fragmentação da criminologia são:

a) o caráter problemático do crime, sua face humana e dolorosa;

b) a ampliação do plano habitual, englobando como objeto do estudo da Criminologia a vítima e o controle social;

c) a acentuação quanto a orientação de prevenir o saber criminológico, ante a compulsão de outros modelos tradicionais;

d) a comutação do termo "tratamento" por "intervenção", deixando de lado o caráter individualista e passando a transmitir uma compreensão mais próxima à realidade criminal através da pluridimensionalidade;

e) o destaque da inserção da análise e avaliação dos modelos de resposta ao delito como objetos da criminologia;

f) o fato de não abdicar da investigação do delito no que se refere ao ordenamento jurídico como referência última.

Nesse sentido, Calhau (2009) se manifesta a favor da adição a essas características da comutação da expressão "combate ao crime" por "controle da criminalidade", a fim de substituir o caráter exclusivo da primeira expressão pelo neutro e adequado ao pensamento criminológico moderno da segunda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conhecer a criminologia e os elementos que esta ciência engloba, para Calhau (2009), é de suma e plena importância na questão da oportunidade de compreender efetivamente os institutos objetos do seu estudo de forma mais próxima à realidade do meio em que se insere, proporcionando acesso a informações referentes à eficácia da aplicação das leis penais.

Habermann (2010) alude que a Criminologia tem finalidade científica, se opondo às estruturas sociais que determinam a criminalidade. Conduz a Política Criminal em direção à prevenção, à intervenção dos criminosos e à Política Social visando proteger atos não considerados crimes, mas merecedores de sanções.

Para Penteado Filho (2015, p. 26), os fins básicos "são informar a sociedade e os poderes constituídos acerca do crime, do criminoso, da vítima e dos mecanismos de controle social". O autor ainda frisa a importância da diferenciação de finalidade e função.

Estudada a finalidade nos parágrafos anteriores, destaca-se que a principal função da criminologia é a reunião dos conhecimentos científicos seguros e estáveis adquiridos através de técnicas rigorosas e confiáveis de investigação, utilizando as análises empíricas obtidas acerca do crime, do criminoso, da vítima e do controle social, permitindo assim, compreender cientificamente o problema criminal, a fim de prevenir a interferência do indivíduo desviado (PENTEADO FILHO, 2015).

Para ilustrar a situação acima descrita, Penteado Filho (2015) utiliza a expressão: "diagnóstico qualificado e conjuntural" ao abordar o que a criminologia tem como função proferir. Destaca-se que a criminologia não é uma ciência exata capaz de adquirir verdades absolutas, e que, utilizando os dados empíricos cautelosamente, o risco de empregar a intuição ou subjetivismos, é afastado.

## 2.2 O Objeto, o Método e as Metas da Criminologia

Quanto ao objeto da criminologia, Habermann (2010) afirma que existem duas correntes distintas. Uma delas defende que a Criminologia nem pode ser considerada como ciência, pois seu objeto de estudo é o mesmo do Direito Penal, o crime. Já a segunda corrente parte do princípio que o objeto da Criminologia é amplo, pois não se restringe apenas ao estudo do crime, mas engloba também o estudo do delinquente, da vítima e do controle social, por exemplo.

Penteado Filho (2015, p. 22) esclarece "Embora tanto o direito penal quanto a criminologia se ocupem de estudar o crime, ambos dedicam enfoques diferentes para o fenômeno criminal". Destarte, mencionado ainda afirma que o direito penal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

enquanto ciência normativa vê o crime como uma conduta transviada merecedora das sanções adequadas e o conceitua como uma conduta, ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável, de acordo com a corrente causalista.

A criminologia, na visão de Penteado Filho (2015), tem o crime como uma problemática social, comunitária, constituída pela incidência massiva na população, não sendo possível a tipificação do crime como um fato isolado; a incidência aflitiva do fato praticado, em que o crime deve causar dor à vítima e à sociedade; a persistência espaço temporal do fato delituoso, existindo a necessidade da ocorrência do delito acontecer de forma reiterada por um relevante período de tempo dentro do mesmo território e o consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes, nesse caso, existe a dependência da análise minuciosa dos elementos das condutas e seu impacto na sociedade para concluir sobre a criminalização da mesma.

O objeto de estudo da criminologia, segundo Calhau (2009), passou por diversas modificações durante sua história. Na época de Beccaria, estudava apenas o crime, enquanto na Escola Positiva passou a verificar o delinquente. Após a década de 1950, incluiu o estudo das vítimas e dos mecanismos de controle social, o que fez com que o objeto da criminologia adquirisse uma feição pluridimensional e interacionista.

Nos dias de hoje, Penteado Filho (2015) afirma que esse objeto está dividido em quatro vertentes, sendo essas:

a) O delito, através da análise da conduta antissocial, suas causas originárias, o efeito do tratamento ao qual o delinquente é submetido em busca da não reincidência, bem como as falhas de sua prevenção;

b) O delinquente, que a Escola Clássica considerava o pecador, aquele que escolheu o caminho do mal. A Escola Positiva reconhecia que o indivíduo era um ser atávico que patologicamente carregava as características criminosas. A Escola Correcionalista afirmava ser um indivíduo inferior, incapaz e dependente do Estado, que tomava as atitudes cabíveis. O Marxismo defendia que o indivíduo era o ser inocente, vítima do sistema econômico.

c) A vítima, onde se destaca o acontecimento de três grandes instantes da vítima no que concerne aos estudos penais: a idade do ouro, que vai dos primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média, que embasa o estudo da vítima na estrutura do delito, principalmente no tocante aos problemas morais, psicológicos, jurídicos, etc., nos casos de crimes com violência ou grave ameaça; a neutralização do poder da vítima e a revalorização de sua importância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

d) O controle social, um conjunto de procedimentos e sanções sociais que visam submeter os indivíduos às normas do convívio social.

Com um objeto amplo, segundo Heberman (2010), as investigações da criminologia não se limitam, podendo construir elucidações referentes à ideologia básica da justiça que reflete no desenvolvimento social, aplicando e executando punições, pretendendo contribuir com o combate à criminalidade, os fatores criminais e sua política através do estudo científico para a redução do índice de criminalidade.

Calhau (2009) dispõe que a Criminologia utiliza como método de trabalho o método empírico, buscando, através da análise e da observação, conhecer o processo utilizando a indução para, posteriormente, estabelecer suas regras.

Habermann (2010) explica que em busca de explicações referentes à conduta criminosa e a criminalidade, a criminologia utiliza o método indutivo, experimental, naturalístico e científico, e, para certificar-se sobre esses fatos, utiliza a interdisciplinaridade, conforme já abordado anteriormente, ligando as diversas áreas do saber através do estudo da derivação do crime e do criminoso, não se prendendo a nenhuma ciência específica, mas utilizando as peculiaridades de cada uma dessas áreas, objetivando salientar o elo entre si.

Sobre o assunto em questão, Penteado Filho (2015, p. 25) afirma:

A criminologia se utiliza dos métodos biológico e sociológico. Como ciência empírica e experimental que é, a criminologia utiliza-se da metodologia experimental, naturalística e indutiva para estudar o delinquente, não sendo suficiente, no entanto, para delimitar as causas da criminalidade. Por consequência disso, busca auxílio dos métodos estatísticos, históricos e sociológicos, além do biológico.

Com relação às metas da criminologia, Habermann (2010) ensina serem três metas: a primeira visando esclarecer o abalo moral causado pela pena sobre quem a cumpre e os efeitos gerados diante de seu atual cumprimento, elucidando e desmascarando o impacto real com a finalidade de destruí-lo com o intuito de que a liberdade seja lembrada, mesmo perante os atos inevitáveis do poder.

O condenado, levando em consideração essa primeira meta ensinada pela autora supracitada, não deve ser considerado um eterno incapaz, deve-se trabalhar para sua inserção na sociedade novamente após o cumprimento das sanções impostas pelo poder judiciário. Cabe aqui a importância de se aplicar devida sanção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

disciplinar ao criminoso, no intuito de que esse compreenda o crime cometido e ao mesmo tempo, o que irá "perder" com essa pena. Esclarecer a importância da liberdade e que essa está atrelada ao fiel comprimento das normas legais sociais vigentes.

A segunda meta explicada por Habermann (2010) busca, através de programas para essa reinserção do indivíduo criminoso à sociedade, meios de avaliação para que ele seja inserido de forma plena, objetivando que este indivíduo volte a interagir normalmente com a coletividade e os fatores que o cercam, sendo reintegrado ao ambiente familiar e corporativo, sem quaisquer traumas. Uma vez que entendido por parte do delinquente, que o ato criminoso realizado gera punições e as mesmas são devidamente cumpridas, a recuperação desse indivíduo se torna importante para que o mesmo volte a ser inserido na sociedade de uma forma completa. Nesse momento família e sociedade precisam ter essa conscientização a fim de não marginalizar esse elemento levando-o a cometer novos delitos e sim realmente reintegrá-lo plenamente.

Já a terceira meta estudada por Habermann (2010) tem como finalidade mostrar para a sociedade a sua contribuição para o acontecimento do crime, uma vez que o indivíduo delinquente vive na sociedade, a sociedade deve auxiliar esse indivíduo na sua reintegração de forma humana e digna.

Complementando a questão da reintegração do indivíduo delinquente à sociedade, essa precisa apoiar esse indivíduo tratando-o sem preconceito em especial na volta desse ao mercado de trabalho que é fundamental pra sua dignificação, tornando-o economicamente ativo, reduzindo possibilidades de um retorno à criminalidade.

Feitas estas considerações, passa-se agora a realizar breve exposição sobre a criminologia crítica.

## 3 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A Criminologia Crítica apareceu da fragmentação ocorrida na criminologia, essencialmente inspirada pela teoria do etiquetamento. Foi desenvolvida a partir da Teoria Crítica, influenciada pela escola criminológica de Berkeley, Estados Unidos. O grupo de Berkeley questionou as medidas políticas tomadas na época, com a formação de técnicos e profissionais "treinados para a luta contra o crime". O grupo confrontou os reais interesses do Estado, uma vez que, primordialmente deveriam oferecer serviços básicos, como saúde e educação, antes de se preocupar com a repressão. Quase que simultaneamente, a Teoria Crítica também surge na Inglaterra, formada por estudiosos que entendiam que a solução para a redução da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

criminalidade deveria primeiramente acontecer com o fim da "exploração econômica e da opressão das classes políticas". Resumindo, a teoria crítica apresenta-se como uma criminologia inspirada no marxismo (CALHAU, 2009, p. 85-86). Essa teoria defende que o capitalismo é a base da criminalidade, porque o sistema capitalista promove o egoísmo e, consequentemente, leva as pessoas a delinquir.

Para Calhau (2009), por se apresentar como uma teoria marxista, ela criticava a criminalidade baseando-se no modelo econômico do capitalismo. Faz-se necessário lembrar que em países com o sistema comunista a criminalidade não deixou de existir. A China, sob o regime comunista, utiliza a pena de morte ao extremo com a finalidade de conter a criminalidade.

De qualquer forma, foi a partir do momento que o enfoque macrossociológico se deslocou do comportamento desviante para os mecanismos de controle social, principalmente, analisando o processo de criminalização. A Criminologia Crítica deixa de ser uma teoria da criminalidade para passar a ser uma teoria crítica e sociológica do sistema penal. Ao se refletir sobre a própria criminologia, a Criminologia Crítica se pôs como "uma criminologia da criminologia", tendo em vista a nova definição que deu ao objeto e ao papel da investigação criminológica (DIAS; ANDRADE, 1992, p.59).

Assim, a Criminologia Crítica veio para criticar a função legitimadora e conservadora que a criminologia entregava ao Estado, por não contestar ou sequer questionar os processos de criação de leis penais ou os processos de discriminação e seleção, ao reservar o endurecimento da lei às classes oprimidas (MOLINA; GOMES, 2006).

De acordo com Molina e Gomes (2006), os criminólogos adeptos da criminologia crítica se distanciam dos padrões e das técnicas metodológicas das ciências sociais. Renegam as investigações que são puramente empíricas e preferem utilizar um método histórico-analítico para observar o processo de um ponto de vista macrossociológico e microssociológico do fenômeno criminal. A observação do desenvolvimento histórico das instituições, como a polícia e a justiça penal, é um dos enfoques mais importantes da criminologia crítica. Por isso que os instrumentos metódicos e estatísticos ficam em segundo plano, dando-se ênfase as investigações analíticas, descritivas e situacionais.

Entretanto, as formulações mais radicais acabam por esconder que faltam dados empíricos para as teorias, pois possuem uma carga especulativa e com pretensões generalizadas carecendo de fundamento. Que o conflito social pode vir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a gerar crime ou que explique determinados comportamentos delinquentes é indiscutível, porém não se pode dizer que todo e qualquer crime tenha origem no conflito de classes, sendo que muitas das teses de tão filosóficas se tornam utópicas (MOLINA; GOMES, 2006).

Algumas teses chegam ao extremo de defender que não é o delinquente que pode ou deve ser ressocializado, e sim a sociedade que através de uma revolução deveria ser transformada (DIAS; ANDRADE, 1992).

Conforme Carvalho (2012), Importante salientar que o êxito da ciência não pode ser usado como argumento para tratar de maneira padronizada problemas ainda não resolvidos.

Nos dias de hoje, a criminologia crítica se ocupa fundamentalmente de analisar os sistemas penais vigentes, tendo sua atenção voltada para o processo de criminalização. Onde a mesma desigualdade proveniente da sociedade capitalista é visível na aplicação do Direito e da lei penal (CALHAU, 2006). Penteado Filho (2015, p. 75) lembra "que as condutas delitivas dos menos favorecidos são as efetivamente perseguidas, ao contrário do que acontece com a criminalidade dos poderosos".

Dessa forma, a criminologia crítica entende que não há neutralidade no mundo real, por ser possível observar todo o processo de estigmatização da população marginalizada, com a classe trabalhadora sendo o principal alvo do sistema punitivo, onde se cria um temor da criminalização e do sistema prisional a fim de manter a ordem social e a estabilidade da produção (PENTEADO FILHO, 2015). Neste sentido Antônio García-Pablos Molina e Luiz Flávio Gomes explicam que:

O mandamento abstrato da norma se desvia substancialmente quando passa pelo crivo de certos filtros altamente seletivos e discriminatórios que atuam guiados pelo critério do *status* social do infrator. Precisamente por isso as classes sociais mais oprimidas atraem – as taxas mais elevadas de criminalidade, e não porque professem uns valores criminais *per se* – nem porque cometem mais crimes -, senão porque o controle social se orienta prioritariamente para elas, contra elas (MOLINA; GOMES, 2006, p. 120).

O sistema é intrinsecamente criminoso, tendo em vista os crimes de racismo, a corrupção, o belicismo, e os chamados crimes do colarinho branco. Entretanto, só constitui o verdadeiro problema da sociedade capitalista o crime cometido pelas classes desprotegidas, os quais serão efetivamente penalizados (DIAS; ANDRADE, 1992).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Penteado Filho (2015, p. 75), as principais características da Criminologia Crítica são: a) "Concepção conflitual da sociedade e do direito (o direito penal se ocupa de proteger os interesses do grupo social dominante) "; b) "Reclama compreensão e até apreço pelo criminoso"; c) "Critica severamente a criminologia tradicional"; d) "O capitalismo é a base da criminalidade"; e) "Propõe reformas estruturais na sociedade para redução das desigualdades e consequentemente da criminalidade".

A criminologia crítica trouxe novos pensamentos que serviram para confrontar o sistema e o direito penal que mantém ideias arcaicas em funcionamento, simplesmente para que possam sustentar uma sociedade capitalista controladora. Surge para desmascarar a falsa ideia de um direito penal como sendo universal.

Para a criminologia crítica, existem dois sistemas penais: o formal e o informal. O primeiro ocorre quando o controle social se dá por meio de normas legais, e o segundo por meio de mecanismos como educação, trabalho, medicina, escola, dentre outros que atuam na preservação e regulação das relações sociais (BIANCHINI; GOMES, 2013). Os mecanismos informais devem ser mantidos em primeiro plano e, caso não sejam exitosos, aí sim, deve-se levar em conta o controle social formal.

No Brasil, conforme Assaiante e Assis (2009), desde a época colonial, ocorre essa divisão entre exploradores e explorados. As liberdades individuais dos cidadãos não cabem a todos, pois é uma regra que não age de forma igualitária. A divisão da sociedade, segundo a lógica maniqueísta, se dá entre os indivíduos "bons" e "maus", fazendo estudiosos questionarem se as aplicações do sistema penal são autênticas e justas, visto serem provenientes das autoridades do mesmo sistema.

Segundo Lopes (2002), as vertentes críticas entendem que o conflito social é regido pelo poder político-econômico, absoluto e inatingível por parcelas marginalizadas da sociedade. O crime é proveniente do confronto de classes sociais, na qual uma exerce o poder sobre a outra.

O direcionamento das leis para as classes menos privilegias pelas classes dominantes constituem a criminalização primária, e a estrutura responsável por sua aplicação, que envolve também a execução das penas e das medidas de segurança, é considerada como criminalização secundária, ambas confrontadas pela criminologia crítica (LOPES, 2002).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essa divisão social, não é recente. A desigualdade social e a discriminação racial no Brasil nascem com a colonização e inacreditavelmente atingem os tempos atuais, ao passo que a falência do sistema penal faz com que tais reflexos prossigam com cada vez mais severidade. Acerca do controle social, responsável por munir a separação de classe (ANDRADE, 2003).

Portanto, segundo Andrade (2003), são selecionados como delinquente, os indivíduos marginalizados, principalmente porque o direito penal está normatizado para resguardar os interesses das classes superiores. O delito é definido no âmbito do controle social, pesando desigualmente sobre as classes sociais menos favorecidas.

Com a teoria do etiquetamento, a criminologia lança um novo olhar sobre a atuação dos sistemas de justiça, revelando o maquinário que faz o sistema penal funcionar. O falso discurso e a falsa intervenção jurídico-penal foram expostos, e o crime passou a ser entendido como um comportamento definido pelos grupos de poder e suas visões morais sobre a conduta. Sobre a estigmatização e os estereotipados, comenta Zaffaroni (1991, p.130):

O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito etc.). Nas prisões encontramos os estereotipados.

Para Araújo (2010), as penas aplicadas em nosso sistema atual, de forma alguma combatem a criminalidade, apenas facilita seu alastramento.

O Levantamento de Informações Penitenciárias- INFOPEN, cujo dados foram levantados em Junho de 2016 (BRASIL, 2017), apresenta que 65% da população carcerária brasileira é de cor negra e 35% da cor branca. Também apresenta que 51% dos presos possuem o ensino fundamental incompleto e 14% o ensino fundamental completo. É uma população carcerária onde as pessoas em sua maioria não chegaram ao ensino médio.

A maioria dos encarcerados são solteiros (60%), 28% mantém união estável e 9% casados. Entre os homens as principais causas da prisão são: roubo (26%), tráfico (26%) e furto (12%). Já entre as mulheres 62% estão presas por tráfico, 11% por roubo e 9% por furto (BRASIL, 2017). A partir destes dados ver-se a caracterização das pessoas apenadas, a maioria negra.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O sistema progressivo de cumprimento penas, adotado por nosso país, tornou-se impossível de ser praticado em sua forma plena, pois tanto a União, quanto os Estados Federados, descumprem suas obrigações ao fecharem os olhos para a nítida necessidade de construção de novos estabelecimentos prisionais adequados.

Os investimentos no sistema penitenciários são mínimos, senão nulos, mas ainda assim, a nova sistemática de execução continua sendo um grande avanço, ao menos em teoria. A precariedade do sistema penitenciário brasileiro se deve a diversos fatores, quais sejam, o abandono, a já citada falta de investimento e o descaso do poder público (MACHADO; SOUSA; SOUZA, 2013).

Este sistema falho é fruto de uma aparelhagem penitenciária ineficaz. De acordo com Machado; Sousa e Souza (2013), a maioria dos presos no Brasil não trabalha, e o tempo disponível que possuem sem obrigações, os torna verdadeiros acadêmicos das escolas do crime, que é em que se transformaram as penitenciárias nacionais.

O preso desocupado é nocivo ao passo que torna-se inútil e sua permanência em presídios tem um custo três vezes maior que de um aluno em escola pública do ensino fundamental. É de conhecimento geral, que um ambiente insalubre atrai os mais diversos tipos de doenças e no atual cenário do sistema penal brasileiro, somado isso a falta de conhecimento por parte dos internos, mortes ocorrem sem que sequer tenham tido assistência médica (MACHADO; SOUSA; SOUZA, 2013).

Segundo Teles (2006), no ano de 1997, uma comissão composta por juristas e outros renomados nomes do Direito Brasileiro, foi encarregada de elaborar um anteprojeto de Código Penal, que seria de conhecimento público a fim de receber sugestões. O anteprojeto foi publicado e recebeu sugestões e críticas inclusive encaminhadas pela ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Uma comissão revisora examinou as sugestões e o anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional. O projeto tinha por objetivo, modernizar a parte especial do Código Penal e suas propostas tratavam de um direito penal de intervenção mínima e mais democrático. Infelizmente não foi examinado pelo poder Legislativo.

### 3.1 A Criminalização Primária e Secundária: A Dupla Seleção do Sistema Penal

Nolli (2010) pontua que a operacionalidade do sistema penal não ocorre de forma igualitária. Muito pelo contrário, tal sistema mascara as desigualdades informais através da igualdade formal, tentando nos fazer acreditar em um direito universal inexistente e, tal fato, manifesta-se pela chance maior que têm os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indivíduos menos favorecidos em serem definidos e controlados como desviantes. Esse processo ocorre em decorrência de uma dupla seleção.

São duas as etapas do processo seletivo de criminalização: a criminalização primária e a criminalização secundária. A criminalização primária, "é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas" (ZAFFARONI,2007, p. 43).

É através da criminalização primária que se inicia o processo de criminalização e seleção de condutas, pois, o legislador definirá, através das normas, quais condutas são desviantes. Serão as interpretações do próprio legislador que definirá o comportamento normal e desviante, pois "não é um comportamento que, por si mesmo, desencadeia uma reação [...], mas somente a sua interpretação, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado" (BARATTA, 2011, p. 95).

Tem início este processo, com a seleção dos bens e valores a serem tutelados pelo direito penal, bem como os comportamentos ofensivos a esses bens. Os bens tutelados representam os interesses fundamentais das classes dominantes, bastando - para comprovar essa afirmação - analisar como lei descreve de forma clara e objetiva os vários tipos penais referentes aos crimes cometidos pelas classes menos favorecidas, como os furtos e roubos, por exemplo, e comparar com a descrição imprecisa dos crimes direcionados às classes mais favorecidas, como os crimes do colarinho branco. Acerca dessa diferença entre as descrições dos tipos penais, é o que Baratta (2011, p. 165) - como dito anteriormente - se refere quando diz "uma rede muito fina" em relação às classes subalternas e em contrapartida, "uma rede muito larga" em relação às classes de poder.

Ribeiro (2010) exemplifica o favorecimento que dá os tipos penais as classes dominantes, com o crime de redução análoga ao trabalho escravo, previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro. O autor informa ainda, estatísticas que apontam que entre 1995 e 2008, 32.045 trabalhadores foram encontrados reduzidos a condição análoga de escravos, porém, até 2003, somente um criminoso havia sido condenado por tal crime. Claramente, o fato descrito, ocorre pela obscuridade dos tipos penais.

Mais uma vez, a lei penal se mostra, de forma maquiada, como universal. Conforme Nolli (2010), diferentemente da criminalização primária, que age de forma abstrata, pois não sabe ao certo quem irá ofender as normas legais a criminalização secundária, que é também seletiva, age em relação as condutas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

punitivas sobre pessoas concretas. Tem-se então uma nova etapa de seletividade, pois irá determinar quem serão as pessoas criminalizadas e as vítimas potenciais.

Assim, as pessoas que possuem menor poder econômico serão afetadas pela criminalização secundária, por não possuírem defesas sólidas frente ao poder punitivo, e assim, serão vulneráveis em relação ao processo de criminalização secundário.

### 3.2. Política Criminal Alternativa

Para os estudiosos da criminologia crítica, dentre eles Ribeiro (2010), política criminal alternativa é uma política que vai além da resolução de questões penais pertinentes a função punitiva do Estado, pois tenta resolver problemas estruturais e sociais decorrentes das relações de produção e distribuição. Só é possível implantá-la através de análises críticas de todo o mecanismo que envolve uma sociedade capitalista, bem como, através do acolhimento dos interesses das classes subordinadas do poder.

Com relação ao tema, Baratta (2011, p. 201), afirma a necessidade de distinguir programaticamente a política penal da política criminal, descrevendo a segunda como política de transformação social e institucional e dizendo ser esta – a política criminal – a escolha correta para uma política alternativa. Após afirmar que "entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em uma última análise, o mais inadequado".

Para o autor acima mencionado, a classe dominante quer continuar no controle da estrutura social, que ocorre pelo poder que possui de determinar quais condutas são desviantes e quem as comete. Já as classes subordinadas, lutam para que as desigualdades sejam reduzidas e querem modificar a atuação da política criminal atual, que, através de mecanismos e processos de criminalização, tornam praticamente imunes os cometedores de condutas muitos mais danosas à sociedade, praticados por indivíduos pertencentes a classe dominante.

Baratta (2011), relata quatro indicações estratégicas para elaboração e desenvolvimento de uma política criminal das classes subalternas, que são: a) analisar o desvio, a criminalidade e os comportamentos socialmente negativos levando em consideração a existência de uma estrutura social verticalizada e assim compreender o fenômeno criminal a partir de uma interpretação separada das condutas das classes subalternas e das classes dominantes; b) aplicar a tutela penal sobre bens jurídicos essenciais para a vida dos indivíduos e da comunidade; c) analisar as funções do cárcere e compreender o fracasso dessa instituição para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

controle da criminalidade e reinserção social do delinquente e sua importância no processo de marginalização social desses indivíduos e d) por fim, deve-se analisar a função da opinião pública na sustentação e legitimação do direito penal posto.

Assim, pode-se entender que política criminal alternativa é uma luta pela igualdade, e almeja a transformação das relações de poder através de uma política de gestão social. Uma sociedade igualitária "é aquela que deixa o máximo de liberdade à expressão do diverso [...], na qual os homens não são disciplinados como portadores de papéis, mas respeitados como portadores de capacidades e necessidades" (BARATTA, 2011, p. 208).

Serão abordadas a seguir duas vertentes críticas que, adotando diferentes metas, buscam a solução dos problemas da criminalidade. São elas: O Abolicionismo e o Direito Penal Mínimo.

### 3.3. Vertente Abolicionista: Abolicionismo Radical Penal

O abolicionismo radical penal, surge, com base na sociologia criminal, ou, como resultado da crítica sociológica ao sistema penal, a fim de que tal sistema seja substituído por outras esferas solucionadoras de conflitos.

Não é proposta por esta vertente, apenas a extinção (abolição) da pena ou do direito penal, mas sim, a abolição total de todo mecanismo de justiça penal. Abolicionistas entendem que o sistema penal, por não funcionar de forma igualitária, é um mal, incapaz de solucionar as desigualdades sociais. Nada resolve satisfatoriamente, mas sim, fabrica criminosos e os infecta com fúria, até torna-los impossibilitados de se reabilitar e por fim, se ressocializar. É uma política que visa o afastamento da função penal da posse do Estado, e, tenta trazer tal responsabilidade, para a sociedade.

Zaffaroni (1991, p. 98), descreve as variantes do abolicionismo, como sendo quatro, que visam o mesmo objetivo, porém, cada qual com suas particularidades. Tais variantes são: "a marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, e a fenomenológico-historicista de Nils Christie". Será exposta, de forma resumida, a ideia central de cada uma dessas variantes, seguindo a ordem presente na obra de Zaffaroni "Em Busca das Penas Perdida".

A primeira variante descrita por Zaffaroni (1991), é a de Hulsman. Tal autor sugere ser o sistema penal um problema em sim mesmo, pois a prática de suas propostas para solucionarem problemas é ineficaz, e assim, torna-se inútil. Portanto, o autor afirma que as estruturas tradicionais de defesa social do sistema penal, como cárcere, devem ser superadas e, para os casos mais graves, basta a utilização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de vias administrativas e outros mecanismos privados voltados para solução de conflitos. Propõe ainda que sejam eliminadas palavras utilizadas relacionadas ao ambiente criminal, como a palavra crime e criminalidade, para reestruturar o crime em problemas sociais.

Zaffaroni (1991, p. 99), refere-se a Mathiesen, como sendo "o estrategista do abolicionismo". Sua tática baseia-se em um simples estudo esquemático do marxismo. Para este autor, o sistema penal está intimamente conectado com o sistema capitalista, e, por isso, defende tanto a abolição, como qualquer outro processo repressivo social. Diz Zaffaroni (1991, p.100), que "para Mathiesen, o poder sempre procura estabelecer o que está 'dentro' e o que está 'fora', de forma a envolver e bloquear o que está 'fora' para colocá-lo 'dentro', através do uso de táticas de 'retrocesso parciais'". Basicamente, o Estado domina e controla através de sua própria política, e cria, através de uma sedutora tática, posições de aceitação ou recusa, que é o que está "dentro" e o que está "fora".

Outra variante é a de Nils Christie, que Zaffaroni (1991, p.101), entende se aproximar de Hulsman, mas, fundamenta seus argumentos sobre a experiência e análise histórica de formação da sociedade. Expõe ser difícil a reparação dos danos causados por uma sociedade de estrutura verticalizada de poder. Christie é crítica ferrenha de Durkheim, e afirmava que o mesmo era extremamente preconceituoso, exemplificando, que para ele "ver um índio, é vê-los todos". Discorda também quando Durkheim afirma que "a modernização faz a sociedade progredir, com a passagem da solidariedade mecânica para a orgânica e a consequente diminuição do componente punitivo".

Pode-se dizer então, que as alegações das vertentes abolicionistas vão legitimar as teorias de caráter restaurativo, pois, trazem de forma clara, novas propostas relacionadas ao crime e a sua possível abolição. Cairiam então, as punições violentas, tão criticadas pelos criminólogos, além de que, seria incentivada, a participação de todos os sujeitos na resolução de conflitos.

### 3.4. Intervenção Penal Mínima: O Direito Penal Mínimo

Com o desenvolvimento do abolicionismo penal radical, algumas críticas a essa variante começaram a surgir, e, pode-se inspirar na obra de Zaffaroni (1991) para elencá-las.

Segundo o autor, uma das respostas mais interessantes ao abolicionismo, é a proposta de Ferrajoli, que destaca os perigos que poderia gerar o abolicionismo. Os perigos a que se refere, segundo Zaffaroni (1991, p. 103) se dão em duas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

categorias, quais sejam: "o perigo *bellum omnium*", com suas reações vindicativas descontroladas, e o perigo de um disciplinarismo social que impeça o delito de maneira puramente física, à custa da liberdade de todos".

O direito penal mínimo tem como fio-condutor os Direitos Humanos, pois visa uma verdadeira contração do sistema penal ao reconhecer tal sistema como reprodutor de seletividade e desigualdade social. O objetivo do direito penal mínimo – que faz parte da política criminal alternativa – é, além de reduzir o direito penal, humanizar o sistema como um todo (BARATTA, 2011).

Para essa variante, o abolicionismo não funcionaria no atual sistema sem que antes ocorresse uma mudança na estrutura social. A intervenção mínima é outra alternativa que surge contra a deslegitimação do sistema penal. Tem-se em ambas vertentes, o reconhecimento da seletividade do sistema penal, e o favorecimento da impunidade dos que pertencem aos grupos de poder. Pode-se dizer, que, a maior diferença se dá pelo fato do direito penal mínimo não buscar a abolição do sistema penal, mas sua intervenção mínima em soluções de conflito (ZAFFARONI, 1991; BARATTA, 2011).

Essa teoria entende que - com a intervenção mínima - o direito penal passa a ser um instrumento alternativo, e deve ser aplicado, apenas quando outros meios forem esgotados.

Sabe-se que nosso sistema penal - por sua incapacidade ressocializadora e tantos outros fatores negativos – ao permitir a entrada de pequenos infratores nos presídios, acaba por fazer brotar nesses indivíduos, tendências criminosas, pois tais infratores assumem, involuntariamente, o estereótipo social de delinquente. A política criminal alternativa do direito penal mínimo quer justamente evitar que isso ocorra, ou seja, quer evitar que pequenos infratores sejam estigmatizados.

O que se busca através do minimalismo, é a proteção de quem não detém o poder, ou seja, os mais fracos, a fim de que não se cometa injustiças. A limitação do direito penal e a contração do sistema penal são propostas da intervenção mínima (direito penal mínimo).

Para os defensores dessa corrente, a tutela dos direitos humanos fundamentais é prioridade da ideia de intervenção penal mínima, e tal proposta, seria possível, através da limitação do poder punitivo, a fim de proteger todo e qualquer cidadão, nas esferas pública e privada, de qualquer tipo de violência. Pode-se entender o direito penal mínimo como mecanismo de defesa dos direitos humanos, contra a presença de um direito e de um Estado deficientes em relação ao atual sistema penal (FABRI, 2013). Várias são as estratégias para tornar possível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a minimalização do direito penal, sendo os exemplos mais comuns, a descriminalização e a despenalização das condutas socialmente selecionadas.

Os Direitos Humanos fundamentais são normas constitucionais e não podem ser negados, porém, são incompatíveis com nosso sistema penal deslegitimado, que os viola descaradamente (ZAFFARONI, 1991), através, principalmente, da seletividade. A aplicação do direito penal mínimo, tornaria possível a recuperação das garantias fundamentais dos Direito Humanos. Para entender essa lógica, basta pensar em como, através do cárcere, qualquer vínculo que o condenado tinha com a dignidade humana e cidadania, é excluído, deletado de sua memória, tornando-o muito mais propenso a cometer novos delitos.

As propostas de descriminalização e despenalização de condutas, e de descarcerização, são apontadas em trabalho de Cirino (2005), que descreve ser possível alcançar um direito mais igualitário. O autor afirma ser urgente a despovoação do sistema carcerário, e apresenta ideias – como a redução do tempo de cumprimento de pena em todas as modalidades de livramento condicional – que contribuiriam para que isso, de fato, ocorresse.

Por fim, em concordância com as palavras de Cirino (2005), pode-se afirmar, que as propostas da Criminologia Crítica estão entre as mais avançadas em relação à necessária reformulação de todo sistema jurídico-penal, e devem servir de base para imediata redução do genocídio social produzido pelo sistema penal. Sendo assim, é imprescindível a divulgação de tais propostas a fim de firmar uma real democracia que fortaleça políticas públicas de moradia, saúde, emprego e escolarização.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminologia, trata-se de uma ciência que está diretamente relacionada ao Direito Penal, e caracteriza-se por estudar os desvios das normas penais e sociais, o crime, o delinquente, a vítima e o controle social, agrupando conhecimentos ordenados e disponíveis para contribuir com o enriquecimento da atividade científica e da compreensão da realidade atual, através da interdisciplinaridade, meio eficaz e ideal de estudo que une os conhecimentos simultaneamente a fim de somarem suas experiências possibilitando a obtenção de resultados seguros, considerando o comportamento dos diversos tipos de delinquentes.

Sendo a criminologia crítica uma ciência que analisa os pontos negativos do sistema penal, verificou-se que o processamento criminal atual viabiliza a permanente criminalização das classes sociais desfavorecidas e a intensa proteção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

das classes dominantes e detentores de capital. Essa realidade influência o processo de criminalização em suas etapas: na primária, através da elaboração dos tipos penais por meio de mecanismos legislativos capazes de ampliar a responsabilidade dos indivíduos menos favorecidos e mitigá-la em relação aos mais favorecidos; na secundária, quanto às punições, uma vez que as aplicadas às classes dominantes são muito mais brandas em relação às camadas já marginalizadas.

Essa elevada e evidente seletividade do sistema jurídico-penal que adota condutas que são fundamentais para a criação de estigmas e etiquetas sociais, que diferenciam o indivíduo e o excluem da sociedade, prejudica a finalidade substancial do direito como instrumento de controle social que visa à igualdade por meio da inclusão social.

A criminologia crítica contribui para sinalizar estas mazelas e propiciar reflexão na realidade penal brasileira que necessita de urgente mudança.

**REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima:** códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas.** Dissertação (Mestrado). São Paulo: USP, 2010.

ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho; ASSIS, Isabella Bogéa de. **O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica:** o suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros. 2009. Disponível em: < http://jus.com.br/artigos/12677/o-sistema-penalsubterraneo-sob-a-otica-da-criminologia-critica >. Acesso em: 07 dez. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Controle social e direito penal.** 2013. Disponível em: < http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814345/controle-social-edireito- penal >. Acesso em: 7 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização - Junho de 2016**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>, Acesso em: 7 dez. 2019..

CALHAU, Lélio Braga. **Resumo de criminologia**. 5. ed. Niterói. Impetus, 2009

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIRINO, Juarez Santos dos. **A Criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Trabalho apresentado na XIX Conferência Nacional dos Advogados, 2005, Florianópolis. Disponível em: < http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/criminologia_critica_reforma _legis_penal.pdf >. Acesso em 9 dez. 2019.

CRESPO, Aderlan. **Curso de criminologia:** as relações políticas e jurídicas sobre o crime. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

FABRI, Arianne Bastos Garcia. A política criminal: uma análise sobre a evolução da ideologia penal. **Jornal Eletrônico**. Faculdades integradas Vianna Júnior. Ano V, Edição I, mai. 2013,

HABERMANN, Josiane Conceição Albertini. A ciência criminologia. Rio de Janeiro: **Revista de Direito**. Vol. 13, Nº 17, 2010, p. 19-29.

LOPES, Luciano Santos. **A criminologia crítica:** uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal. 2002. Disponível em: < https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/332/criminologia%20critica_Lopes.pdf?sequence=1 >, Acesso em: 7 dez. 2019.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUSA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. Sistema Penitenciário Brasileiro: origem, atualidade e exemplos funcionais. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 10, n. 10, 2013.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio**. Criminologia:** introduções e seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – Lei dos Juizados especiais criminais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOLLI, Elinton Cassiano. **Os processos de criminalização:** uma abordagem crítica da atuação seletiva do sistema penal. Itajaí: Univali, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Homero Bezerra. **A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional:** a criminologia crítica como alternativa à ideologia da "Lei e Ordem". CONPEDI. Fortaleza, 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em:
< http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3268.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2019.

TELES, Ney Moura. **Direito penal parte geral**. São Paulo, Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO INTERNACIONAL, FRENTE A ANTINOMIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A CONVENÇÃO DE MONTREAL, NO QUE TANGE INDENIZAÇÕES.

**DAIANE SOUZA GOMES:** Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins –UniCatólica.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA[1]

(Orientadora)

**RESUMO:** Considerando a quantidade de pessoas embarcando todos os anos, e o alto índice de reclamações e processos judiciais inerentes a falha na prestação de serviço por parte das companhias aéreas, é necessário um olhar minucioso em relação aos direitos e a preservação dos interesses dos passageiros. Tais direitos estão resguardados sob a responsabilidade civil do transportador aéreo que compromete-se ao firmar contrato com o passageiro, a transportar deum lugar a outro, sem prejuízo ou dano, pessoas ou coisas mediante retribuição previamente estabelecida. O transporte aéreo internacional é regulado pela Convenção de Montreal, no qual o Brasil é signatário. A convenção traz contornos para as relações de consumo das transportadoras aéreas internacionais em relação aos seus usuários, impondo limites à suas responsabilidades civis, e com isso, gera antinomia com o CDC, que defende a reparação do dano de forma integral e salvaguarda o princípio da proteção ao consumidor constitucionalmente assegurado. Este artigo tem como objetivo principal analisar a aplicabilidade da convenção de Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor frente a indenização aos passageiros decorrentes de danos, ocasionada por falha na prestação de serviço. Para a realização da análise do tema em questão, foi acolhido em primeira etapa, a revisão literária específica, composta por doutrinadores que dispuseram sobre o referido assunto que é característico da pesquisa bibliográfica. Em consenso, o levantamento dos mais relevantes julgados referente aos últimos 3 anos, e a análise de documentos, leis específicas, convenções e artigos científicos que contornam a responsabilidade civil internacional do transportador aéreo.

**Palavras-chave:** Antinomia da Norma.Responsabilidade Civil. Transporte Aéreo Internacional.

**ABSTRACT:** Considering the number of people boarding each year, and the high level of complaints and lawsuits inherent to airlines' failure to provide services, a close look is needed regarding the rights and preservation of passenger interests. Such rights are protected under the civil liability of the air carrier, which undertakes to enter into a contract with the passenger, to transport from one place to another, without prejudice or damage, to persons or things by way of previously established remuneration. International air transport is governed by the Montreal Convention, to which Brazil is a signatory. The convention outlines the consumer relations of international air carriers in relation to their users, imposing limits on their civil liability, and thus generates antinomy with the CDC, which advocates the full repair of damage and safeguards the principle of constitutionally guaranteed consumer protection. The main objective of this article is to analyze the applicability of the Montreal Convention to the detriment of the Consumer Protection Code against compensation to passengers resulting from damage caused by failure to provide services. To carry out the analysis of the subject in question, a specific literary review was made up, in the first stage, composed of doctrinators who discussed the subject that is characteristic of bibliographic research. By consensus, the survey of the most relevant judgments referring to the last 3 years, and the analysis of documents, specific laws, conventions and scientific articles that circumvent the international civil liability of the air carrier.

**Key-words:** Antinomy of the Norm. Civil Responsibility. International Air Transport.

**Sumário**: Introdução – 1. Contextualização Histórica. 2. Danos e meios de reparação. 3. Convenção de Varsóvia e Montreal. 4. Responsabilidade do Transportador Aéreo Internacional; 4.1 Responsabilidade Civil decorrente de danos à integridade pessoal; 4.2 Responsabilidade Civil decorrente de danos à bagagem; 4.3 Responsabilidade Civil decorrente de atraso. 5. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor. 6. Excludentes de Responsabilidade. 7. Prescrição à reparação de danos. 8. Antinomia das normas e a proteção do consumidor. 9. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Fortalecido pelas evoluções tecnológicas investidas na aviação civil, o que restrito a uma classe abastada, faz-se presente na vida de pessoas por todo o mundo. O transporte aéreo, atribuído por sua eficácia, agilidade e conforto realiza a ligação dos seus usuários aos mais diversos lugares do planeta.

Ao longo dos anos, percebeu-se a necessidade de evoluções nas aeronaves, principalmente, no âmbito da segurança à vida e integridade dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

seus passageiros, fator, que é um legado da aviação civil. Adjunto, houve a necessidade de preencher as lacunas na legislação de fiscalização e regulamento do transporte aéreo, com o intuito de evitar, ou ao menos minimizar os riscos de catástrofes aéreas, sob pena de irreparáveis prejuízos.

Na esfera internacional foi promulgado o Decreto Nº 20.704/31, onde o Brasil se tornou signatário da Convenção de Varsóvia de 1929 e os demais protocolos de harmonização do tratado, incluindo a Convenção de Haia de 1955, o Protocolo adicional de Montreal 1,2,3 e 4 e a Convenção de Montreal de 1999 (Dec. Presid. 5.910/2006), que os substituiu de uma única vez. Tais convenções foram promulgadas para unificar as regras internacionais de transporte aéreo. Contudo, a aplicação interna das convenções ocasionou antinomia com o Código de Defesa do Consumidor, gerando conflito de norma interna e internacional.

Para o Código de Defesa do Consumidor ao se tratar da responsabilidade do transportador aéreo, quando ocasiona prejuízo ao direito ou patrimônio do passageiro, resultando dano, não existe limitação para a indenização, devendo o consumidor ser ressarcido em sua integralidade, em controvérsia a Convenção de Montreal que institui teto máximo, denominada indenização tarifada. Em consonância a esta oposição entre as normas, há divergência quanto ao prazo prescricional para o exercício do direito de ação, e por último e não menos importante, a responsabilidade objetiva defendida pelo CDC e a subjetiva defendida pela Convenção ao atingir um determinado valor tarifado pelamesma.

A discussão a respeito dessa colisão, recai sobre a antiga discordância jurídica entre a teoria monista versus a dualista, sendo a primeira defensora da aplicação do Direito Internacional, e a segunda, elege o Direito Positivo Nacional como norma a ser imposta pelos Tribunais.

Neste contexto, e diante as Jurisprudências existente no Ordenamento Jurídico brasileiro, como exemplo, o acórdão do Recurso Extraordinário número 636.331 com origem no Rio de Janeiro (2011), possibilita este artigo responder questões como: Quais as antinomias entre a convenção de Montreal e Código de Defesa do Consumidor, como figura a aplicação de uma em detrimento à outra, e quais as possíveis consequências refletidas no consumidor?

Em consonância, objetivou analisar a aplicabilidade da convenção de Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor frente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indenização aos passageiros decorrentes de danos, ocasionada por falha na prestação de serviço.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Para uma melhor harmonização e funcionamento do Estado, o Direito Constitucional é essencial. Através dele, o Direito Público garante a aplicação de legislações que asseguram os direitos fundamentais, a segurança, a liberdade e a realização de seus anseios.

Para que uma Convenção seja admitida e entre em vigor no ordenamento interno, necessita passar por algumas etapas, Stoco (2011, p.497) dita-as: Em primeiro momento impõe-se a aprovação do seu texto no Congresso Nacional, através de decreto legislativo e posterior promulgação do texto aprovado por parte do Presidente da República, por intermédio de decreto presidencial. Após aceito e em vigor, a Convenção deve ser observada pelos juristas, para que seja respeitado o princípio da reciprocidade, garantida pela constituição em seu artigo 178. A competência privativa do Presidente da República está prevista na Constituição Federal em seu artigo 84, inciso VII, pois cabe ao mesmo,acelebração de tratados, convenções e atos internacionais.

A competência privativa da ratificação da convenção é do Chefe do Executivo, a incorporação definitiva ao ordenamento jurídico interno, conforme citado, compete ao Presidente da República, que através do decreto, promulga o texto e a partir daí a publicação em português é realizada. Conforme Pedro Lenza (2010, p. 492), o referido ato normativo que se integra à pouco ao ordenamento jurídico interno possui caráter de norma infraconstitucional, e situa-se nos mesmo planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias. Podendo ser revogado por norma posterior, bem como, ter sua constitucionalidade questionada diante aos tribunais.

A observância ao princípio da reciprocidade, frisado pelo artigo 178 da Constituição Federal, onde os acordos firmados pelo União devem ser observados, corrobora para a corrente Dualista, no qual acha-se dualidade de ordens jurídicas, interna e externa. Sendo a Norma do direito Interno a regulamentadora de seus indivíduos e o Direito Internacional regulador de relações entre Estados. São ainda, independente e diversos, ou seja, são igualmente válidos e por isso não deve existir conflitos. Mazzuoli (2013, p. 87) inteira que por serem dois sistemas de normas distintos e que não se tocam por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nenhum meio, impossível seria uma antinomia entre eles. E ainda que não há como se falar na supremacia de uma sobre aoutra.

A adoção de normas Externas no ordenamento jurídico são considerados compromissos assegurados por seu Governo representante. Deste modo o aceite das convenções não podem influir em normas internas e pode ser entendido como a fusão de vontade dos Estados para regular determinada matéria de interesse mútuo. Os críticos de tal corrente apontam sua fragilidade, a sua sujeição à críticas e que o não reconhecimento de distinção entre essas fontes acarretará inúmeros prejuízos a concepção geral do direito, pois se há distinção, um deles será injurídico.

O oposto desta ideologia é a denominada corrente Monista, que possui como princípio a unidade do conjunto de normas jurídicas internas e internacionais. Defendem apenas um sistema jurídico com dois ramos do direito, o internacional que se aplica nas ordens jurídicas dos Estados, e não há qualquer necessidade de transformação para sua incorporação e vigência. E as normas internas que regulam os indivíduos de seu próprio Estado. Consonante a isso Mazzuoli (2013, p. 93) afirma que para tal doutrina a ratificação de um tratado pelo Estado significa um compromisso jurídico internacionalmente assumido, formado por direitos e obrigações e que podem ser exigidos pelo Direito Interno.

> No direito brasileiro, em matéria de relação entre direito internacional e direito interno, ou conflito entre fontes, poderia ser, assim, sanado o anterior descompasso entre a doutrina, alinhada pela concepção do monismo Kelseni ano, segundo a qual o tratado sempre prevalece sobre a lei interna, ainda que se trate da Constituição, e a desconcertante mudança de orientação da jurisprudência pátria, durante certo lapso de tempo, durante o qual se veio, por caminhos tortuosos, equiparar o tratado a lei interna. Surpreendentemente, uma vez equiparado à lei interna, ficaria sujeito o tratado a modificações, em razão de alterações posteriores do ordenamento nacional, o que configura aberração, por privar a norma de direito internacional positivo de seu sentido e alcance normativo internacionais, ao mesmo tempo que se poderia configurar o descumprimento de obrigações internacionais pelo estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> brasileiro, na condição de parte contratante de obrigações, em relação aos demais signatários desse tratado.
>
> (ACCIOLY; SILVA; CASELA, 2010, p.234)

A afamada discordância se aplica entre doutrinas e jurisprudências e se prolonga até os dias atuais, como é o caso da convenção internacional de Montreal, e as leis de direito interno. A aplicabilidade de uma em detrimento a outra ainda é recorrente nos Tribunais do Brasil.

## 2 DANOS E MEIOS DE REPARAÇÃO

A reparação do dano é o principal objeto da responsabilidade civil. E este pode ser definido com a subtração ou diminuição de um bem jurídico, ou seja, pode estar relacionado à diminuição do patrimônio, mas também a vida, a integridade, a saúde e a honra. Na esfera do dano patrimonial, deve se observar toda a sua extensão, do dano emergente até o lucro cessante, sendo o primeiro o que se perdeu decorrente do ato ilícito praticado pelo agente, e o segundo, a privação do aumento patrimonial. Para que o direito de ingresso de uma ação indenizatória nasça, o seu objeto, dano, deve existir.

E ao tratar de suas espécies, dano moral e dano material, Gonçalves (2008,p. 339) esclarece sobre a diferença entre eles, mostrando a possibilidade da distinção entre, o campo dos danos patrimoniais (ou materiais) e dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais). Material é o dano que aflige somente o patrimônio da vítima. Moral é o que lesa o devedor como ser humano, não alçando o patrimônio. Discernir essa distinção é primordial para a aplicação da indenização decorrente do prejuízosofrido.

Tendo em vista a relação direta entre dano e indenização, é possível declarar de maneira mais sucinta, o uso da indenização como a compensação devida à vítima, possuindo o intuito de anular ou reduzir o dano provocado pelo descumprimento total, ou deficitário de uma obrigação. A restituição pode ser realizada de forma “in natura” que é a substituição por algo semelhante, ou em forma em pecúnia, que o ressarcimento em dinheiro que pode equivaler ao valor do conserto ou do valor dobem.

No transporte aéreo a possibilidade de eventos danosos são iminentes, podendo atingir a integridade pessoal do passageiro em um acidente, por exemplo, em um atraso ou cancelamento de seu voo, ou até mesmo na deterioração ou perda de sua bagagem. Por tal motivo a legislação se tornou cada vez mais específica e incisiva na fiscalização do cumprimento das normas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

regulamentadas, a ANAC, foi instituída para o cumprimento deste papel, a mesma atua como agência reguladora federal do País. Sua Missão está em garantir a todos os brasileiros a segurança e excelência da aviação. Diante disso, através da Resolução de N° 400 de 13 de Dezembro de 2016, resolveu estabelecer as condições gerais aplicáveis ao transporte regular de passageiros domésticos einternacionais.

Tal regulamento, dita as regras de cada etapa referente ao contrato aéreo transportador x passageiro, sua execução e possíveis danos ocasionados por infrações aos deveres de ambas as partes. De início preceitua sobre a oferta do serviço, posteriormente sobre o comprovante que a companhia aérea deve dispor ao passageiro, das alterações realizadas por parte do transportador e do passageiro quanto ao horário e itinerário inicial, ainda determina sobre informações referente à bagagens e atos de check in e apresentação para embarque. Todas essas regras dispostas na Resolução vale-se aos voos doméstico e internacionais.

No âmbito da responsabilidade civil, a referida Resolução preceitua a partir da seção II sobre as tratativas a serem realizadas em casos de possíveis atrasos e cancelamentos, da assistência material a ser oferecida, e as ações de reacomodação e reembolso.

O artigo 21 estabelece:

> O transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos:
>
> I- atrasodevoopormaisdequatrohorasemrelaçãoaohorárioorginalmentecontratado;
>
> II - cancelamento de voo ou interrupção doserviço;
>
> III - preterição de passageiro;e
>
> IV- perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. As alternativas previstas no caput deste artigo deverão ser imediatamente oferecidas aos passageiros quando o transportador dispuser antecipadamente da informação de que o voo atrasará mais de 4 (quatro) horas em relação ao horário originalmentecontratado. (MONTREAL, 1999)

Todos esses casos versados, contam com o fornecimento de assistência material, em consonância ao artigo 26. Essa supracitada assistência material resume-se em oferecer gratuitamente ao passageiro, mesmo que já se encontrem a bordo da aeronave com portas abertas, conforme o tempo de espera à contar do horário inicial previsto de decolagem, a satisfação de suas necessidades. O atraso superior a 1 (uma) hora, deverá ser fornecido facilidades de comunicação; Os superiores a 2 (duas) horas, se estendem a alimentação de acordo ao horário, podendo ser lanche, ou almoço/jantar, à depender do horário. A forma de entrega, pode ser realizada por meio de fornecimento de refeição ou voucher individual. Nos superiores à 4 (quatro) horas, é aplicável a concessão de hospedagem, com culminado com o translado de ida e volta. (Artigos 26 e 27)

As acomodações podem ser realizadas em voo próprio ou de terceiro para o mesmo destino na primeira oportunidade, de forma gratuíta e sem se sobrepor aos contratos já firmados pelaspartes. Sendo possível o passageiro optar ainda para a mudança de data de sua conveniência de forma gratuita, em voo próprio do transportador. (Artigo 28)

Em casos em que o passageiro optar pela desistência da viagem, incide sobre o ele o direito do valor integral saldado pelo mesmo no ato da compra. O prazo para restituição é de 7 (sete dias), à contar da data da solicitação. Em situações de deslocamentos já realizados pelo passageiro, o reembolso será proporcional ao trecho não utilizado. (Artigos 20 e 30).

É dever do transportador assegurar o cumprimento dessa resolução, no ato da ocorrência do dano, sem a necessidade de o passageiro recorrer aos meios judiciais, sobrevindo a companhia aérea em casos de infração, multa de no mínimo R$20.000,00 (vinte mil reais), e no máximo R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

## 3 CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E MONTREAL

A Convenção pode ser denominada por acordos assinados entre Estados, com o objetivo de proporcionar o bem-estar e convivência geral. Posto isso, o intuito de preencher as lacunas da regulamentação do transporte aéreo internacional, traçar contornos de normas aplicáveis e dar fim à desordem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

causada pelo motivo de cada País vigorar tratados específicos acerca da matéria, resultou-se na promulgação em 1929, da Convenção de Varsóvia. A referida Convenção foi assinada por mais de centenas de países e recebida pelo Brasil através do Decreto n° 20.704 de 24.11.31. A referida convenção sofreu sucessivas alterações para sua readequação ao mercado da aviação civil, até ser substituída pela Convenção de Montreal de 1999 recebida no Brasil através do Decreto n°5.910/2006.

A Convenção de Varsóvia e Montreal limita, de forma geral, o valor das indenizações, e conforme Venosa (2017, p. 661) sofre alegações de fomentar o transporte aéreo, isto porque o teto indenizatório preserva a viabilização dos negócios das companhias aéreas, tendo em vista os altos índices de acidentes aéreos em sua origem. Era uma fase de muito risco para as transportadoras e não seria possível suportar o pagamentos de indenizações de forma integral, caso que inviabilizaria as empresas.

A Convenção de Varsóvia em sua redação original, dividia-se em cinco capítulos o I – Definições; II – Documentos de Transportes; III – Responsabilidade do transportador; IV – Disposições Relativas aos Transportes Combinados e V – Disposições Gerais e Finais. Emseu primeiro artigo preceitua sobre sua seara de atuação que incide sobre todo o transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens e mercadorias. Sendo assim, os limites indenizatórios estabelecidos para tais modalidades estão prescritos no artigo 22, alíneas 1 a3.

No transporte de pessoas, a responsabilidade civil do transportador aéreo se limita a125.000 francos por passageiros, no transporte de bagagens e cargas o limite foi fixado em 250 francos por quilograma, com exceção dos casos em que o passageiro realizar a declaração especial do valor da bagagem anteriormente ao voo, neste caso, a indenização limitar-se-á ao valor declarado. Aos objetos que os passageiros carregam consigo durante o trajeto é fixado em 5.000 fracos porpassageiros.

A unidade monetária utilizada pela Convenção Franco-Poincaré ( artigo 22, alínea 4) tem o valor de 65 de miligramas e meia de ouro puro ao título de novecentos milésimos de metal fino. E as diversas modificações em seus texto, nada mais objetivou a não ser aperfeiçoá-la ao cenário mundial. O protocolo de Haia por exemplo, harmonizou a convenção ao panorama internacional pós Guerra Mundial em relação aos limites indenizatórios em caso de danos a integridade dos passageiros que elevou-se a quantia de 250 Franco-Poincaré.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Franco-Poincaré é uma moeda de submissão ao ouro, e aos longo dos anos a Convenção foi depreciada e desaprovada, pois o ouro sofreu constantes desvalorização, tornando os limites indenizatórios ainda mais insatisfatórios. Diante as circunstâncias, diversos protocolos e convenções de harmonizações foram criados, dividindo ainda mais os Estados, até a realização de uma Conferência Diplomática na cidade de Montreal, onde foram emendados alguns pontos específicos através dos Protocolos de Montreal 1,2,3 e4.

Os pontos cruciais de modificados foram a unidade monetária, que passou de Franco- Poincaré para Direito Especial de Saque, fixada pelo Fundo Monetário Internacional e mudanças nos valores indenizatórios. De maneira detalhada, Morsello (2007, p. 63-64) dita as modificações que os 4 Protocolos trouxeram a Convenção, onde o Protocolo n° 1 viabilizou a liquidação do dano previsto na Convenção de Varsóvia, com base no valor lá fixado, através da conversão para os Direitos Especiais de Saque (DES). O Protocolo nº 2, por sua vez, substitui o patamar-limite fixado no Protocolo de Haia por limites expressos em Direitos Especiais de Saque. O protocolo nº 3 procederia da mesma forma, introduzindo os Direitos Especiais de Saque, no que concerne ao protocolo da Guatemala. Contudo, jamais entrou em vigor no plano internacional por falta de quórum de ratificações. Já o protocolo nº 4 modifica, pela primeira vez, as regras atinentes à responsabilidade do transportador pelos bens transportados, introduzindo, como não poderia deixar de ser, os Direitos Especiais de Saque como unidade devalor.

Em 1999 surge um novo Diploma que substituiu e unificou de uma única vez a Convenção de Varsóvia e seus protocolos, a denominada Convenção de Montreal, recebida pelo Decreto de n° 5910/2006 em nosso Ordenamento Jurídico Pátrio, colocando fim às múltiplas regulamentações vigoradas pelos Estados. A mencionada Convenção incide sua responsabilidade civil nos mesmos parâmetros da Convenção de Varsóvia, com significativasmudanças nos valores do teto indenizatório.

À começar pelos passageiros que sofrem lesão corporal ou morte, o artigo 21 da Convenção impõe o limite indenizatório ao montante de 100.00 DES. Nos danos decorrentes de atrasos e cancelamentos, o artigo 22 limita a 4.150 DES por passageiro. E ao ter sua bagagem destruída, perdida, avariada ou recebê-la com atraso o artigo 22 alínea 2 preconiza que a responsabilidade não deve exceder a quantia de 1.000 DES por passageiro.

Diante a prevalência da Convenção de Montreal sobre toda regra no transporte aéreo internacional, instituído em seu texto no art. 55, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Convenção de Varsóvia só pode ser aplicada aos casos concretos em sua desvantagem, quando os Estados se encontrarem signatários somente desta. Outra mudança significativa aparente, diz respeito a responsabilidade objetiva e subjetiva abraçadas pelaconvenção.

Segundo Gonçalves (2008, p.209) a Convenção de Varsóvia estabelece responsabilidade subjetiva, com culpa presumida. Conhecimento que pode ser extraído dos artigos 17; 20 e 21 de seu texto. O ônus da prova cabe à vítima, e se comprovado grave culpa ou dolo da parte do transportador, a indenização passava a ser fixada por Direito comum, excluindo o teto indenizatório, conforme preceitua seu art. 25, n° 1.

De modo diferente, a Convenção de Montreal adotou a teoria do risco, já mencionada no presente estudo, a referida teoria, se vale da responsabilidade objetiva. Porém no art. 21, declara: "O transportador não exclui nem limita sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro." Portanto, o que ultrapassar esse limite, recai sobre a responsabilidade subjetiva, podendo exonerar-se, conforme art. 21, n° 2: "Se prova que o dano se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus pressupostos, e ainda se o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro". Cavalieri Filho (2010, p. 335) resume, que a partir desse limite, a responsabilidade do transportador é subjetiva, com culpa presumida. O fato de terceiro, doloso ou culposo, só libera o dever de indenizar do transportador aéreo naquilo que superar o limite da responsabilidade objetiva.

No que diz respeito ao prazo prescricional para ingresso do direito de ação, o artigo 35, n° 1, denominado Prazo Para as Ações, preconiza: "O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte".

A afamada limitação da Responsabilidade Civil do transporte aéreo internacional, que divide posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, acautelam as cia aéreas à possívelruína, causadas por indenizações fortemente rigorosas. Cavalieri Filho (2008, p. 240) declara que o emprego da integralidade, defendido pelo direito comum, onera grandiosamente as companhias aéreas, provocando o desinteresse pelo investimento no ramo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

circunstância que combateria o progresso da aviação, progresso desejado por todos, particulares e nações, no interesse da própriahumanidade.

## 4 RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR AÉREO INTERNACIONAL

A seara de atuação da responsabilidade civil na aviação internacional é de enorme extensão e relevância, contudo, o objetivo do presente estudo é analisar a aplicabilidade da convenção de Montreal em detrimento do Código de defesa do consumidor frente à indenização aos passageiros decorridos de danos, ocasionada por falha na prestação de serviço, e quais as consequências enfrentadas pelo usuário do transporte aéreo resultante da norma imposta nosjulgamentos.

O início da relação jurídica entre o passageiro e a companhia aérea inicia por meio da celebração do contrato, no caso específico, contrato de adesão; neste momento de igual maneira vem à luz, as obrigações contratuais. Que resumidamente, obriga o transportador a conduzir, remuneradamente, de um lugar, denominado ponto de partida, para o outro, conhecido como destino. As obrigações do passageiro resumem-se no pagamento da passagem aérea, e obediência às normas do contrato. Normas essas, que são aceitas de maneira tácita, pois o usuário por maioria das vezes não assina qualquerdocumento.

Para que exista a obrigação de indenizar por parte do transportador, é imprescindível que ocorra evento danoso, denominado inadimplemento, ação de ato ilícito ou omissão voluntária, e geradores de prejuízos, passíveis de reparação.

### 4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE DANOS À INTEGRIDADE PESSOAL

Os danos à integridade física dos passageiros, resultante de acidente com aeronaves, gera a Cia aérea, a obrigação de reparar os prejuízos ocasionados pela mesma. Isso por que a integridade física do consumidor, durante a prestação do serviço, é item de seguridade. A Convenção de Montreal em seu art. 17, n° 1 dispõe: “O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque”. Neste caso, basta que a vítima esteja à borda da aeronave, ou em procedimento de embarque e desembarque, na ocasião do acidente, paraque o transportador se torne inadimplente, e a configuração do pagamento indenizatório aconteça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nos casos de indenização por morte ou lesão corpórea aos passageiros, o texto da Convenção art. 21, n° 1, limita a indenização ao valor de 100.000 DES por passageiro, não prevalecendo à indenização, se o mesmo tiver agido com culpa. Stoco (2011, p.384) afirma que, esse valor, limitado ou não (na hipótese de comprovação de culpa), refere-se apenas aos danos emergentes. Os lucros cessantes serão compostos, se for o caso, com a pensão mensal vitalícia que terá como parâmetro o *quantum* percebido pela vítima. Nesse prisma, a obrigação de reparar não é submetida a limitações e nem pressuposto de culpa em amplo sentido. De grande valia o saber que o teto indenizatório, aplica-se somente aos danos materiais causados às vítimas.

## 4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE DANOS À BAGAGEM

A abrangência da responsabilidade do transportador aéreo abraça os danos relativos às bagagens do passageiro. Bagagem segundo texto da Convenção (art. 17, n° 4) abrange as bagagens registradas e não registradas. E ainda em seu art. 17, n° 2 dispõe que:

> O transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos. (Montreal,1999)

O legislador atribuiu espécies de possíveis danos à bagagem para o provável enquadro na responsabilidade do transportador, nos quais, primeiro é a destruição, que na definição de Stoco (2011, p. 432) "entenda-se por *destruição* o aniquilamento e o extermínio do bem por qualquer meio físico, reduzindo-o a nada e tornando-o completamente imprestável ao fim que se destinava". A segunda definição dar-se pela perda da bagagem, que ainda descreve o autor:

> A palavra *perda* tem sentido polissêmico: tanto pode ser a privação de alguma coisa para sempre ou por tempo determinado, como significar o seu



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> desaparecimento, aniquilamento ou destruição. Mas no texto legal quer significar a perda da posse do bem, para sempre, por parte do seu legítimo dono. Pode decorrer de acidente, do forte impacto no solo com a queda da aeronave ou de extravio. (STOCO; RUI, 2011,p.432).

Por último o autor explica (p. 433) que "A *avaria* traduz o dano parcial causado à bagagem ou à mercadoria ou carga transportados, que não as destrói por completo, mas reduz a sua capacidade de utilização".

O valor indenizatório fixado em razão de destruição, perda, avaria da bagagem selimita a 1.000 DES por passageiro, não levando em conta peso e número de malas despachadas. As consideradas bagagens de mão e objetos pessoais pertencentes aos passageiros não são indenizáveis.

Ao se tratar das excludentes de responsabilidade, não será admissível neste item. Pois assim como no transporte de passageiro, o transportador tem como obrigação, a prestação do serviço a bagagem de total qualidade, transportando-a em perfeito estado até o seu desembarque.

## 4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DE ATRASO

Ao se tratar de atrasos nos voos, os percentuais relacionados a esse assunto é de número considerável, cerca de 32.498 mil voos tiveram atrasos superiores a uma hora no ano de 2017 (ANAC). Decorrente disso, a ANAC em 2012 regulamentou a Resolução de N° 218 onde as empresas aéreas nacionais e estrangeiras passaram a ter que realizar a divulgação de tal percentual decorrente de atraso e cancelamento, com a finalidade de transparência na relação de consumo.

Além disso, há uma série de direitos que envolvem e protegem o passageiro nos casos em que seu voo é atrasado em relação ao horário contratado. A começar pelas informações cedidas aos passageiros no momento exato do atraso, que devem ser repassadas à cada 30 minutos. Ademais, assistência material, reacomodação e reembolso, à depender da quantidade de horas de atraso do horário previsto de decolagem do voo.

A referida falha na prestação de serviço, gera prejuízos aos consumidores e um cenário de estresse em meio a relação de consumo, gerando aos passageiros o direito à reparação de tais danos, pois no momento da celebração do contrato, o transportador adquiriu a responsabilidade objetiva sobre a prestação doserviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para que o valor dessa indenização seja fixado, é necessário observar o que preconiza a Resolução da ANAC de N° 400, que dispõe sobre as condições do transporte em geral, nacional e internacional. Necessário também a observância ao Código de Defesa do Consumidor que regula a relação de consumo do transportador aéreo (artigo 2°), e de igual importância, em voos internacionais, a Convenção de Montreal.

No que se refere aos valores indenizatórios, o CDC assim como em toda falha causada ao consumidor, defende a reparação de forma integral do dano. A Convenção de Montreal, em seu artigo 22 preceitua que a responsabilidade do transportador por atraso se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro. E resolução de N° 400 da ANAC, pode ser definida como a ferramenta de utilização do passageiro lesado para a garantia do cumprimento de seus direitos diante essa situação.

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DOCONSUMIDOR

Em stricto sensu, podemos conceituar a atividade que gera vícios ao direito de outrem, como responsabilidade ou dever de indenizar. A responsabilidade civil possui a pretensão de reparar, ou até mesmo de equilibrar os danos causados ao patrimônio ou a moral. Mas para que exista uma melhor compreensão, é necessário explanar o assunto através de algumas definições.

Para Venosa (2017, p.433), "O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso." Isto é, a ação do homem, que viole o direito do semelhante, acarreta por consequência, a obrigação de indenizar, a qual se encontra balizada no estudo dos princípios da responsabilidade. A intenção de que os danos sejam reparados, a garantia, e a maneira de como os prejuízos sofridos pela sociedade serão restituídos, encontram-se inseridos na responsabilidade civil e no ordenamento jurídico, que com a complexidade dos dias atuais, encontrou a necessidade de alargar seu campo de atuação, que se estende da natureza jurídica ao caráter moral, ético ereligioso.

O Código Civil em seus artigos 186 e 187 preceituam:

> Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes. (Brasil, 2002)

Com o texto contido no diploma civilista brasileiro, podemos notar a ligação direta entre responsabilidade civil e ato ilícito, que pode ser conceituado como o descumprimento de um dever jurídico. Cavalieri Filho (2010) retrata o ato ilícito como, conceito de maior relevância para o tema em estudo, por ser fato gerador da responsabilidade civil. Neste caso, a transgressão é consequência da ação ou omissão da conduta humana, que por consequência viola o padrão determinado pela norma.

É notável ainda, a inserção no campo da responsabilidade civil aqueles que excedem os limites e exercem de forma irregular o seu direito. Quando há um comportamento voluntário que viola um dever, configura-se ato ilícito. Ressaltando que para a responsabilidade civil existir, deve haver prejuízo ocasionado pelo ato ilícito, pois aí, iniciará o processo de reparação eequilíbrio.

O agente pode ferir o direito de outrem de possíveis dois modos, o primeiro a responsabilidade contratual, que se dá pelo descumprimento de uma obrigação contratual e o segundo a responsabilidade extracontratual, que é a prática de uma ato ilícito.

> Se preexistir um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.15)

Com base na definição apresentada pelo autor, é possível notar que a espécie pertinente ao assunto em questão, é a responsabilidade contratual, pois se dá, a partir de um contrato jurídico firmado pelas partes, que se encaixa aos moldes do contratoaéreo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Código do Consumidor foi codificado e introduzido no ordenamento jurídico interno em março de 1991, para regular as relações de consumo e precipuamente, proteger os consumidores diante sua vulnerabilidade. Em sua área de extensão, é aplicado ao transporte aéreo, mesmo com a lei específica em vigor, Convenção de Montreal no âmbito externo, e Código Brasileiro de Aeronáutica, no interno. Em razão disso, há posições antagônicas, e a jurisprudência encontra-se oscilante na imposição da norma imposta nos julgados decorrentes do transporte aéreo, principalmente internacional.

A Lei 8.078/9 é principiológica, ou seja, ingressa no sistema jurídico, atingindo toda e qualquer relação jurídica, caracterizada pelo consumo. Ocasionando também, perda de eficácia e tornando nulos de pleno direito, as leis anteriore s, naquilo que com ela colidirem. É um subsistema próprio, inserido no sistema constitucionalbrasileiro.

O artigo 5°, XXXII da CF/88 determina que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Justamente essa é a função do CDC, segundo Gonçalves (2009, p.31) com a expansão do relacionamento interpessoal e o crescimento progressivo dos consumos, que gerou cada vez mais, o crescimento econômico, fez com que os princípios tradicionais da nossa legislação privada não bastasse para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. Logo, o código nasceu para equilibrar a relação do fornecedor com o consumidor.

O referido código em seu artigo 14 atribui responsabilidade objetiva ao fornecedor do serviço em caso de prejuízo ao consumidor, independente de culpa. Responsabilizando o fornecedor de igual maneira, mesmo não havendo relação contratual com o mesmo, pelas consequências de um acidente de consumo (artigo 17). Por meio dos referidos artigos, é possível notar o quanto a proteção efetiva do consumidor é estipulada pelo código, através do respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, o referido código, expõe isso em seu artigo 4° e em todo código, ditando dos direitos básicos aos específicos pertencentes aoconsumidor.

Assim como no Código Civil (art. 944), o CDC adota o princípio da reparação integral do dano. O primeiro defende que a reparação mede-se pela extensão do dano. O outro, que édireito básico do consumidor a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais (Art. 6°, VI). Tocante, manifesta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Venosa (2017, p. 663) sobre o questionamento da incidência e extensão do CDC em matéria de transporte, afirmando que não é resposta simples, e que bem poderia ter o legislador expresso a esse respeito. Afirmou ainda que se aplicável o Código de Defesa do Consumidor pelo defeito de serviço, a indenização será integral, não admitindo limitação. É evidente o cuidado e proteção constituídos ao consumidor através do código, evidenciando repulsas as normas que possam mitigar a reparação do prejuízo sofrido pelo mesmo.

Como já mencionado, a responsabilidade defendida pelo CDC é objetiva, cabendo aos consumidores que tiverem problemas decorrentes da má qualidade da prestação desses serviços exigir, alternativamente e à sua escolha, a reexecução dos serviços, a restituição imediata da quantia paga o abatimento proporcional do preço e ainda pleitear indenização pelos danos materiais sofridos, referente aos gastos com alimentação, hospedagem, transporte, e demais prejuízos sofridos, e também, pelos danosmorais.

## 6 EXCLUDENTES DERESPONSABILIDADE

O inadimplemento das obrigações assumidas pelo transportador ocasiona a colheita dos frutos gerados pelo dano. Mas é de grande valia citar, que há excludentes de responsabilidade que pode eximir a companhia aérea daobrigação.

Não cabe a ela, apenas eximir-se de culpa, mas comprovar que o evento gerador do prejuízo ocorreu por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, pressuposto estes que encerrará a possibilidade de pretensões indenizatórias.

Na definição de Stoco (2011, p.345) “caso fortuito, é a impossibilidade em razão de sua imprevisibilidade”, podendo ser atribuído como exemplo, as forças da natureza (nevascas, enchentes, tempestades e situações semelhantes). “A força maior a irresistibilidade em virtude de sua necessidade, não obstante sua previsibilidade, levados a cabo com a interferência de terceiros, sem que se possa, por eles, imputar ao lesado a menor parcela deculpa”.

A excludente por culpa exclusiva da vítima encontra-se disciplinada no Código Civil em seu artigo 738 parágrafo único, que estabelece a equitatividade no valor da indenização, correspondendo a sua contribuição no evento danoso. No Código Defesa do Consumidor, onde determina em seu artigo 14, parágrafo 3°, II, que provando culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, o fornecedor não será responsabilizado. E a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Convenção de Montreal pode ser usada como eximente ao transportador o seu artigo 20, que determina que se o fornecedor comprovar que a pessoa que pede indenização, ocasionou ou construiu o dano por negligência, erro ou omissão, se tornará isento total ou parcialmente daobrigação.

A convenção também traça as excludentes de responsabilidade referente ao atraso notransporte de passageiros, bagagem ou carga em seu artigo 19 quando diz que o transportador será isento da responsabilidade de indenizar se provar que tomou todas as medidas necessárias para evitar tal fato.

A referida disposição encontra-se em controvérsia com a responsabilidade objetiva atribuída ao transportador, pois esta independente de culpa, denominada e já citada teoria do risco, e não poderá exonerá-lo de valer-se da obrigação. Concorde, Stoco (2011, p. 348) afirma que, não será possível exonerar-se, pois a subjetividade disposta, não possui o poder de afastar o nexo de causalidade, então não irá prevalecer por afronta ao art. 37, parágrafo 6°, da CF/88, considerando que a responsabilidade do transportador sempre é objetiva. Portanto a tomada de medidas necessárias para evitar o evento danoso, não é objeto de análise nomérito.

## 7 PRESCRIÇÃO À REPARAÇÃO DEDANOS

Transcorrido o lapso temporal a fim de exercitar o direito de ação, nos casos de reparação civil, ocasiona o afastamento de qualquer possibilidade de recebimento de indenização. A responsabilidade do agente que causou evento danoso se extingue.

Para Stoco (2011, p. 238) a prescrição pode ser conceituada, como causa indireta de irresponsabilidade, tendo em vista que o fenecimento do direito de ação conduz a impossibilidade de a vítima ou dos demais legitimados acionar o causador do dano. No âmbito da responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, é possível, o olhar sob dois viés, o primeiro, pela convenção de Montreal, que se encontra presente no ordenamento jurídico brasileiro, e regula o transporte aéreo internacional, e o segundo, sob o código de defesa do consumidor, que contorna as leis de consumo.

A referida convenção em seu artigo 35 - Prazo para as Ações dispõe:

> 1. O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou na interrupção do transporte. 2. A forma de computar esse prazo será determinada pela lei nacional do tribunal que conhecer a questão. (Montreal, 1999)

Por sua vez, o CDC, estabelece em cinco anos a prescrição para pretensão à reparação pelos danos sofridos decorrente do produto ou do serviço. Determina ainda, o Código Civil no artigo 206, parágrafo 3°, V, em três anos a pretensão de reparação civil.

Com tudo, é de extrema importância memorar, que os preceitos contidos na legislação especial e convenções internacionais, devem ser aplicadas, desde que não contrariem o CódigoCivil.

## 8 ANTINOMIA DAS NORMAS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Diante o oscilante posicionamento Doutrinário e Jurisprudenciais, a supremacia das citadas normas entrou em questão, de um lado Tribunais fundamentando decisões se dispondo da Convenção, de outro do Código de Defesa do Consumidor. Vale-se lembrar que as duas normas permanecem plenamente em vigor, de maneira harmoniosa em determinados pontos, porém, há divergências entre elas no que se refere à relação jurídica de consumo, ou seja, no âmbito da responsabilidade civil do transportador aéreo. Cavalieri Filho se posiciona da seguinte maneira:

> Após a vigência do Código de Defesa do Consumidor tornou-se polêmica a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia e agora na Convenção de Montreal, o que torna conveniente relembrar o caminho trilhado pela doutrina e pela jurisprudência a respeito dessa questão. De um lado, há os que sustentam que, sendo integral o dever de indenizar estatuído pelo Código (art. 6°, IV), as hipóteses de responsabilidade civil tarifada, em sede de acidente de consumo, restaram afastadas. De outro lado, os cultores do Direito Aeronáutico defendem o princípio de que, no conflito entre a lei interna e o tratado, prevalece o tratado, pelo que o Código de Defesa do Consumidor em nada poderia alterar a Convenção deVarsóvia.
>
> CAVALIERI FILHO, 2010, p.335)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A priori é necessário conceber o entendimento do significado de antinomia, que para Diniz (1996, p.18) é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada no caso concreto. São normas contraditórias em sua totalidade ou em partes, que movem o legislador a uma posição de irresolução, causada pela falta de consistência apta para lhe apresentar o meio de preenchimento da lacuna de conflito. Ainda em resumo, dita as três condições necessárias para que haja antinomia real, começando pela incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão entre asnormas.

À começar pela indecidibilidade, há diferentes posição da incidência do Código de Defesa do Consumidor no campo do transporte aéreo internacional. Stoco (2011, p.503) declara que inúmeras são as razões pelas quais se desune do entendimento de um expressivo número de doutrinadores e juristas. Para ele, apesar da importância, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao transporte, ainda que com relação aos aspectos incoincidente com a legislação específica de regência. Para o autor o CDC não disciplina o transporte propriamente dito em todas as suas peculiaridade, pois não se trata de lei específica sobre o transporte, mas apenas e tão somente lei genérica sobre relações gerais deconsumo.

É imprescindível atentar-se a redação do artigo 732 do Código Civil que ressalta a prevalência da legislação própria, dispondo que aos contratos de transporte em geral aplicam-se, quando couber, os preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, desde que não contrariem as suas disposições. Ruy Stoco em sua prestigiosa obra Tratado de Responsabilidade Civil esclarece sobre a redação do referido artigo, aludindo sua referência apenas à legislação especial regente dos transportes, nada dizendo acerca do Códigode Defesa do consumidor, não havendo espaço para este estatuto na aplicação da matéria.

> Não será tarefa fácil, exigindo-se do intérprete enorme desafío, máxime considerando a existência de Tratados e Convenções acolhidos em nosso Direito interno, como ocorre com o transporte aéreo internacional, regulado, atualmente, pela Convenção de Montreal, que substituiu, de uma só vez, a vetusta Convenção de Varsóvia, o Protocolo de Haia e os Protocolos Adicionais deMontreal (STOCO, 2011, p.333)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal em seu artigo 178 testifica o pensamento do autor ao preceituar que "a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade". A denominada reciprocidade está relacionada a promulgação do tratado entre cento e dezenove países mais a União Europeia, ao descumprir o acordo firmado frente à ordem internacional, o País acarreta sobre si consequências perante os outrosEstados.

A não aplicação da Convenção de Montreal configura aos olhos do Direito Internacional uma ofensa ao *Pacta Sunt Servanda,* que tem seu princípio primordial inserido na Convenção de Viena que em *verbis* dispõe: Artigo 26:"Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por eles de boa fé." Diante disto, cabe ao Estado que se tornou signatário do tratado por seu próprio interesse cumprir o que a mesma estabelece. Saliba & Souza (2017, p. 440) salienta que ao negar a aplicação às limitações indenizatórias da Convenção de Varsóvia e Montreal o Judiciário Pátrio estaria violando uma obrigação internacional assumida pelo Estado e dessa maneira, ainda que se observe outras regras do Tratado, sua principal missão está em uniformizar os tratamentos dos conflitos relacionados ao transporteaéreo.

Os referidos autores afirmam a inexistência de dúvidas quanto a necessidade de aplicação da Convenção de Montreal no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo seu posicionamento da seguinte maneira:

> Mais que uma aplicação do princípio da especialidade, há de se convir que (i) as regras da Convenção de Montreal não desalentam o consumidor na sua posição de vulnerabilidade, mas apenas adequam suas garantias à necessidade de uniformização do transporte aéreo internacional; e (ii) a observância da Convenção é imperativo do pacta sunt servanda e da boa-fé do Estado Brasileiro perante à ordem internacional, sendo eventual negativa de aplicação motivos para suscitar a responsabilidade internacional do Estado.
>
> (SALIBA E SOUZA, 2017, p. 440)

São muitos os doutrinadores que afastam a incidência do Código de Defesa do Consumidor da matéria de transportes. Para Montenegro (1996, p. 125) só cabe a parte invocar o direito comum quando a lei especial o permite, seja no tocante à indenização, seja no respeitante às condições da ação. Relativo a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

isto o artigo 29 da Convenção de Montreal estabelece que "Notransporte de passageiros, de bagagem e de carga, toda ação de indenização de danos, seja com fundamento na presente Convenção, em um contrato ou em um ato ilícito, seja em qualquer outracausa, somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade como os previstos na presente Convenção, sem que isso afete a questão de que pessoas podem iniciar as ações e quais são seus respectivos direitos. Em nenhuma das referidas ações se outorgar uma indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória".

Em oposição aos adeptos a prevalência da Convenção de Montreal em detrimento do Código de Defesa do consumidor, Cavalieri Filho (2009, p. 320) se diz defensor da aplicação do diploma consumerista, se posicionando contra a sobreposição dos tratados às leis internas. Tal posicionamento corrobora ao de Nelson Nery Júnior que certifica a impossibilidade de limitação da responsabilidade civil do fornecedor, perante indenização devida, segundo preceitua o Código de Defesa do Consumidor. Afastando a cogitação da indenização tarifada em face de danos causados pelo transportadoraéreo.

Cláudia Lima Marques (2014, p.162) atesta que o CDC valora de forma definitiva a importância da reparação, como forma de reequilibrar as relações de consumo, de sorte que no sistema do CDC a reparação de danos tem tripla função: preventiva, compensatória e satisfativa. Tese totalmente oposta ao proposto nos Tratados, que prioriza a sustentação econômica do mercado da aviação civil. A principal missão do CDC está em resguardar o direito do consumidor em meio a uma sociedade cada vez mais consumista, colocando-o em uma posição igualitária a do prestador de serviço.

Ao esmiuçar sobre a incompatibilidade e necessidade de decisão entre normas, nada mais apropriado do que suscitar o arrolamento dos principais julgados à respeito da matéria pelos Tribunais de Justiça Pátrio. Inicialmente pelo julgamento da RE 80.004/75 da Suprema Corte que firmou entendimento no sentido de que a Convenção, embora tenha aplicação no Direito Interno Brasileiro, não se sobrepõe às leis do País. O Julgado deu primazia a corrente Monista que defende a prevalência ao Direito Interno.

A teoria da concorrente Monista promove o pacta sunt servanda, sendo assim, entende que as normas do ordenamento jurídico interno de um país são hierarquicamente superiores às normas internacionais ou seja, amparam o primado do direito interno de um Estado sobre direito internacional. Após a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

referida decisão esta recorrente antinomia, estaria resolvida. Porém, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a prevalência das normas pátrias entrou em questão novamente.

O julgamento do Recurso Extraordinário n° 636.331/RJ, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes entendeu que a aplicação dos limites indenizatórios da Convenção de Varsóvia devem ser aplicados em sobreposição à indenização integral do CDC e ainda a aplicação do prazo prescricional do mesmo tratado em sobreposição ao prazo de cinco anos da norma consumerista. Em palavras do relator "a principal controvérsia está em definir se o direito do passageiro àindenização pode ser limitado por legislação internacional especial, devidamente incorporadaà ordem jurídica brasileira." (Voto Gilmar Mendes, RE n° 636.331/RJ) e ainda expõe as razões pela qual entende que a Convenção deveprevalecer.

> Ao que me parece, a solução dessa controvérsia passa pela consideração de, pelo menos, três aspectos: (1) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição Federal; (2) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 e as regras dos arts. 22 da Convenção de Varsóvia e da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (3) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do danocausado.
>
> (Gilmar Mendes, p. 12)

Os aspectos apresentados pelo relator podem ser resolvidos pelo critério cronológico, que embora alguns pensadores acreditam que a Lei 8.070/90 é Lei posterior, segundo eleos acordos internacionais em questão são mais recentes, pois a Convenção passou por diversas modificações, a última promulgada pelo Brasil em 2006. Mas acrescenta que a ordem cronológica não é o argumento mais importante, mas sim o critério de especialidade. Para ele o Código de Defesa do Consumidor trata de forma geral as relações de consumo, enquanto o tratado disciplina uma modalidade especial de contrato, no caso, o contrato de transporte.

O Relator concluiu seu voto declarando a prevalência da Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento ao Código de Defesa do Consumidor não apenas em casos de extravio de bagagem,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mas há aplicação nas demais hipóteses em que haja conflito normativo entre os diplomas.

Por maioria e nos termos do voto do Relator o tema de repercussão geral deu provimento ao recurso extraordinário, de modo a reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. De modo a concluir, o Tribunal construiu a seguinte tese:

> Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.
>
> (Recurso Extraordinário RE n° 636.331/RJ, 2017)

Ao decorrer dos anos, a jurisprudência ainda se encontra oscilante no aplicação da norma a ser imposta na conduta irregular da empresa aérea em relação ao passageiro. Ao esmiuçar as sentenças dos último três anos é possível encontrar diversas decisões à respeito da matéria, no ano de 2016 por exemplo, houve uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tendo como Relator Des. Samuel Meira Brasil Jr. resolvendo pela inaplicabilidade da Convenção, pois acredita que a indenização deve ser aplicada com base no Código de Defesa do Consumidor e na análise das circunstâncias do caso concreto, afastando as regras previstas na Convenção deMontreal ou similar.

Outro julgado no ano de 2018 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Civil n° 70079109526, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 30/11/2018) afastou a aplicação da Convenção de Montreal, pois entendeu que a destruição, avaria, perda ou atraso na bagagem do passageiro são atos tipicamente culposos, devendo vigorar o Código de Defesa do Consumidor. Consonante a esse pensando o Tribunal de Justiça de Pernambuco se posiciona da seguinteforma:

> APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CANCELAMENTO DE VOOS. APLICAÇÃO DO CDC EM DETRIMENTO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS. RAZOABILIDADE DO MONTANTE INDENIZATÓRIO DO PREJUÍZO MORAL.
>
> APELO IMPROVIDO. - O entendimento pacífico do STJ é no sentido de aplicação do CDC aos casos de falha no serviço de transporte aéreo internacional e não das convenções internacionais. - A responsabilidade da Apelante é objetiva, não tendo essa sido afastada, em virtude de a operadora não ter se desincumbido de seu ônus de provar o contrário do aduzido pelo passageiro. - Danos materiais comprovados. - Aborrecimento nas viagens de ida e de volta que ultrapassam mera situação cotidiana e impõe ressarcimento nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade. - Apelo improvido.
>
> (TJ-PE - APL: 4091756 PE, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Data de Julgamento: 15/06/2016, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/07/2016)

De igual modo está a colocação exposta pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, vide:

> JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. EXTRAVIO DEFINITIVO DE BAGAGEM. VÔO DOMÉSTICO DE IDA. PREVALÊNCIA DO CDC SOBRE O CBA E A CONVENÇÃO DE MONTREAL. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. READEQUAÇÃO DOS VALORES EM FACE DA VEROSSIMILHANÇA E RAZOABILIDADE DEMONSTRADAS. DANOS MORAIS MANTIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. OColendo
>
> Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90 (CDC), não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica; subordinando-se,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

portanto, ao Código Consumerista (Caso: VRG Linhas aéreas S/A versus Fany Henkin Raskin Smejoff e Luís Salomon Smejoff; AgRg no AREsp 582.541/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 24/11/2014). 2. Na esteira do artigo 14, § 1º, da Lei nº 8.078/90, o fornecedor do serviço tem responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes da prestação viciosa do seu serviço, a qual somente é afastada se comprovar a ausência de defeito, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.
3. Danos Morais. Restou incontroverso o extravio definitivo da bagagem do recorrido na viagem de ida com sua família para Fortaleza ? CE, com duração prevista de sete dias, o que impõe o dever da empresa recorrente de indenizar o passageiro em razão dos danos suportados. O ato ilícito atingiu os atributos da personalidade do autor, pois gerou nele angústia, frustração, perturbação da tranqüilidade, a ansiedade e tantos outros sentimentos negativos e os percalços sofridos, atraindo o dever de reparação dos respectivos danos morais. 4. O valor dos danos morais fixado pelo Juízo de Primeiro Grau deve, em regra, ser mantido, tendo em vista que ele detém, na maior parte dos casos, condições diferenciadas para a avaliação das peculiaridades, minúcias e nuances do caso, em razão de estar mais próximo das partes do litígio e da produção da prova oral em audiência. Assim, a modificação do valor fixado somente deverá ocorrer em casos de evidente excesso abusivo ou valor irrisório,oquevislumbronãoocorrernopresentecaso,considerandoqueoextraviodabagagem foi definitivo e deu-se quando da viagem de ida dos consumidores comsua família a outro estado da federação, o que acentua as conseqüências ruins advindas da situação indesejável experimentada pelos passageiros transportados. Desse modo, o quantum do dano moral deve ser mantido nos R$ 3.000,00(três mil reais) fixados, em homenagem aos critérios já sedimentados pela doutrina e jurisprudência pátrias, bemcomo aos princípios da razoabilidade e

proporcionalidade. Não se olvidando o aspecto pedagógico-punitivo (punitive damage) de que se reveste a presente condenação, máxime quando a recorrida deveria agir de forma diametralmente oposta, no sentido de zelar pela bagagem a si confiada pelos consumidores. 5. Dano Material. Havendo o extravio definitivo da bagagem do recorrido, é devida a indenização por danos materiais, desde que observada a verossimilhança, razoabilidade, a prova produzida e outros critérios pertinentes; não podendo esta ser integralmente afastada, ainda que falte alguma prova documental atinente aos bens que supostamente compunham a bagagem extraviada; eis que, grande parte dos bens elencados como transportados mostram-se condizentes com o tipo e a duração da viagem, estando estes no limite da razoabilidade, segundo a equidade e a experiência comum. 6. Com relação à quantificação dos danos materiais, verifica-se, no presente caso, que não se mostra razoável exigir do passageiro que coliga ao bojo dos autos todas as notas fiscais dos seus pertences, mormente quando estas se referirem, sobremaneira, a bens usados antigos, adquiridos em período anterior a viagem. Isso porque, a juntada de notas fiscais ou assemelhados não cumpre integralmente a finalidade de conferir segurança à tutela buscada, haja vista a dificuldade de se certificar acerca da exata correspondência entre os bens alegadamente transportados e aqueles nomeados nas notas ou comprovantes que eventualmente sejam apresentados. 7. A cláusula de incolumidade própria do contrato de transporte assume o perfil de garantia de risco, de modo que a empresa transportadora deverá reparar o dano decorrente do extravio de bagagem (art. 734, do Código Civil), sob o esquadro fático existente nos autos, haja vista que, por escolha ou conveniência operacional da empresa, não é exigido de todos os passageiros a declaração de valor da bagagem. Todavia, considerando que não foi produzida prova incontestável acerca da individualização dos bens transportados, sendo os parâmetros existentes o peso e tipo de bagagem transportada (Documento Id. nº 2.015.278), a indenização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> por danos materiais outrora arbitrada em R$ 7.766,09; deve ser ajustada, com base no preceituado no artigo 6º do CDC, para a quantia de R$ 4.500,00(quatro mil e quinhentos reais), mormente porque o consumidor, com exceção de um par de tênis, não comprovou a aquisição dos demais pertences e sequer registrou no RIB ? Relatório de Irregularidade de Bagagem, ou nos outros protestos escritos qualquer especificação do conteúdo da bagagem extraviada, mostrando-se necessária com base na experiência jurídica, a readequação dos valores da indenização para um padrão mais condizente com a situação fática apresentada, a verossimilhança e razoabilidade. 8. Recurso CONHECIDO e PROVIDO EM PARTE tão-somente para readequar o valor da indenização por dano material. 9. Sem condenação ao pagamento das custas processuais adicionais e dos honorários advocatícios da patrona da parte adversa, à míngua de recorrente vencido, a teor do disposto art. 55, da lei nº 9.099/95.11. Acórdão lavrado na forma do disposto no art. 46 da Lei nº9.099/95.(TJ-DF 07013777320178070009 DF 0701377-73.2017.8.07.0009, Relator: JOÃOFISCHER, Data de Julgamento: 04/10/2017, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/10/2017 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Após a decisão do RE n° 636.331/RJ, é certo afirmar que a prevalência dos Tribunais estão em adotar a Convenção e as regras por ela imposta. Mas a posição não é unânime, e fere a obediência ao Instituto da Repercussão Geral, que pode ser definido como o Instituto processual pelo qual se reserva ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que apresentem questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Foi incluído no ordenamento jurídico pelaEmendaConstitucional n. 45/2004 e regulamentado pelos arts. 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos arts. 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Inúmeros são os processos de passageiros que buscam a reparação de danos sofridos pela má prestação dos serviços por parte das companhias aéreas junto ao Judiciário. Por isso, encontra-se na Jurisprudência incalculáveis posições

favoráveis a Convenção de Montreal e de acordo ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Como é o caso do seguintejulgado:

> CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMANDA INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAL E MORAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO NA DEVOLUÇÃO DE BAGAGEM. PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO À COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANO MORAL NO VALOR DE R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS) E AO RESSARCIMENTO PELO DANO MATERIAL, CARACTERIZADO PELAS DESPESAS COM TAXAS COBRADAS PELA EMPRESA E PELOS BENS NECESSÁRIOS ADQUIRIDOS DURANTE A VIAGEM, NA PROPORÇÃO DE METADE. APELO DA EMPRESA RÉ, BUSCANDO A REFORMA INTEGRAL DO JULGADO. SUBSIDIARIAMENTE, PRETENDE A REDUÇÃO DA VERBA COMPENSATÓRIA. JULGADO RECENTE DO E. STF, COM FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL ACERCA DA PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL EM RELAÇÃO AO CDC. CONVENÇÃO DE MONTREAL INCORPORADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO POR INTERMÉDIO DO DECRETO Nº 5.910/2006. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO MATERIAL AO PREVISTO NO ARTIGO 22 DA CONVENÇÃO DE MONTREAL. VERBA COMPENSATÓRIA EXACERBADA, CARECENDO DE REDUÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO. 1.Na
>
> espécie, a parte autora obteve sentença de procedência dos seus pedidos, na qual se condenou a empresa de aviação ré à compensação pecuniária por dano moral no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e ao ressarcimento pelo dano material no valor de R$ 7.135,06 (sete mil cento e trinta e cinco reais e seis centavos). 2. No entanto, conforme noticia o Informativo nº 866, o E. STF, recentemente, ao julgar o RE 636.331/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, apreciou o tema 210 da repercussão geral e fixou a seguinte tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor". 3. Considerando que o artigo 22, item 2, da Convenção de Montreal (incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 5.910/2006) estipula que no transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 (mil) Direitos Especiais de Saque por passageiro, este deve ser o limite para a responsabilização da empresa aérea pelo dano material. 4. Quanto à verba compensatória por dano moral, em que pesem os transtornos suportados pela parte autora, tenho que a quantia fixada revela exacerbação, merecendo minoração para o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando que não houve perda definitiva da bagagem e dos bens que nela se encontrava. Precedentes desta Corte de Justiça. 5. Reparo na sentença que se impõe para adequá-la ao posicionamento vinculativo emanado pelo E. STF quanto à responsabilização, in casu, pelo dano material, bem como à jurisprudência deste Tribunal quanto à verba compensatória por dano moral. 6. Parcialprovimento.

(TJ-RJ - APL: 00138186020138190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 5 VARA CIVEL,

Relator: CLEBER GHELFENSTEIN, Data de Julgamento: 02/08/2017, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/08/2017)

Assim como o Ministro Gilmar Mendes enfatizou, a Convenção de Varsóvia e Montreal devem ser aplicadas em todas as hipóteses relativas ao transporte aéreo internacional. Portanto,entende-se pela prevalência do prazo prescricional de dois anos imposto pelo tratado. Ao contrário disso, alguns pensadores e jurista defendem o prazo de cinco anos instituído pelo Código de Defesa do Consumidor. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acolheu a prescrição bienal, ou seja, aplicou a Convenção de Montreal em detrimento do Cdc. (Recurso Cível N° 71008270209, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator:

Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 26/02/2019). Em controvérsia a Apelação Cível da Décima Primeira Câmara entendeu de forma diversa com o seguinteapreciação:

> APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. O prazo prescricional incidente na espécie é o quinquenal do art. 27 do CDC. Prescrição inocorrente. Problemas operacionais da transportadora configura fortuito interno e não são aptos a elidir a responsabilidade da ré. Hipótese em que o autor adquiriu passagem aérea da ré, que cancelou o voo, ocasionando perda de conexão. Confirmado o dever de indenizar o autor pelos danos sofridos. Quantum indenizatório majorado. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA. ( Apelação Cível Nº
>
> 70079698551, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em12/12/2018).
>
> (TJ-RS - AC: 70079698551 RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Data de Julgamento: 12/12/2018, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2018)

A falta de uma posição igualitária para todos os julgados sobre o tema é o motivo principal para que as antinomia entre as normas se estendam até os dias atuais, acarretando ao consumidor uma vulnerabilidade exposta. Agora apresentadas as linhas argumentativas da Doutrina e as Jurisprudências Pátrias acerca do diploma aplicável à responsabilidade no transporte aéreo, cumpre, no próximo capítulo a apresentação de soluções e conclusão doestudo.

## 9 CONSIDERAÇÕESFINAIS

O principal objetivo deste estudo esteve em analisar a aplicabilidade da convenção de Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor frente a indenização aos passageiros decorrentes de danos, ocasionada por falha na prestação de serviço.

Em primeiro momento através dos levantamentos bibliográficos e documentais foi possível concluir que apesar das intensas modificações aplicadas na Convenção de Varsóvia a fim aperfeiçoá-la, a evolução atingida é limitada em relação a proteção do consumidor. O Fato de a Convenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ter sido instituída apenas por representantes comerciais e nenhum representante do Consumidor reafirma a fomentação ao transporte aéreo designado ao Tratado. De modo contrário é o propósito do Código de Defesa do Consumidor, que traz segurança e protege a vulnerabilidade deste, que na relação de consumo, é a partefrágil.

Os principais pontos que se divergem entre as supracitadas normas e causa divergência na doutrina e jurisprudência estão nos limites indenizatórios da responsabilidade objetiva nos casos de danos ao passageiro, bagagem ou carga e no prazo prescricional em relação à pretensão do ingresso ao direito de ação indenizatória frente ao Judiciário. Diante o exposto, renomados autores defendem o Código de Defesa do Consumidor pelo motivo de ser originalmente constitucional e vigorar como Lei principiológica, ou seja, reforça a idéia de superioridade hierárquica sobre as demais normas.

Embora a vantagem apresentada pelo diploma consumerista seja explícita, não se pode afastar a incidência da Convenção de Montreal em razão de o Brasil ter ratificado a Convenção de forma livre e espontânea, e ainda não se pode fechar os olhos para o acordo assinado perante os demais Estados conforme preconiza a Constituição. Todavia, com a evolução do mercado aéreo, a aviação civil que antes carregava a alcunha de insegura e inconsistente, passou a ser o transporte mais seguro e uma potência mundial em matéria de economia.

Conforme o julgado de repercussão geral 210 estabelece, a Convenção de Montreal deve ser aplicada em detrimento ao Código de Defesa do Consumidor e os Tribunais de Justiça por força de norma devem ser concernentes a este entendimento. Porém diante evolução acrescida ao transporte aéreo, é possível considerar a possibilidade de uma reforma das cláusulas que contornam a responsabilidade civil, com intuito de torná-la igualitária para ambas as partes a que seatinge.

Dessa forma é possível a sugestão de uma reforma quanto ao prazo prescricional, analisando de forma minuciosa se o prazo bienal fixado pelo tratado em um possível caso de acidente aéreo, por exemplo, é suficiente para a recuperação emocional de uma pessoa para que ajuíze ação de indenização pelo dano sofrido. Ou se a mensuração de forma branda do limite indenizatório pela perda de um bem de cunho emocional imensurável que perdeu-se na bagagem é suficiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Convenção de Varsóvia foi criada ainda quando a aviação civil encontrava-se vulnerável, hoje a vulnerabilidade foi invertida, usuários do transporte enfrentam corriqueiramente o descumprimento do serviço eficaz que a empresa aérea deveria fazer, criando a necessidade de adequação ao cenário atual, a fim de garantir ao consumidor a efetiva proteção constitucionalmente instituída.

REFERÊNCIAS

**AGENCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL:**ANAC.2017.Disponívelem:

<http://www.anac.gov.br/>. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. CÓDIGO CIVIL.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo Tj-es. Apelação nº 0035550- 34.2013.8.08.0024. **Transporte AÉreo PrevalÊncia Cdc**. Espirito Santo, 06 maio 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70079109526. Relator: PEDRO LUIZ POZZA. **Decima Segunda Camara Civel**. Rio Grande do Sul

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Ementa nº 0701377-73.2017.8.07.0009 DF 0701377-73.2017.8.07.0009. Relator: JOAO FISCHER. Brasilia,

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa nº 71008270209. Relator: ROBERTO CARVALHO FRAGA. Rio Grande do Sul

CAVALIERI FILHO, Sergio. **PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL.** 9. ed.

São Paulo: Atlas, 2010.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público.** 18. ed. SÃo Paulo: Saraiva, 2010.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Constituição (1990). **Lei nº 80.078/90**, de 1990.

CONGRESSO NACIONAL (Org.). **DECRETO Nº 5.910, DE 27 DE SETEMBRO DE**

**2006.**2006.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-

2006/2006/Decreto/D5910.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FIGUEIREDO,NébiaMariaAlmeidade.**MÉTODO E METODOLOGIA NA PESQUISA CIENTIFICA.** 3. ed. São Caetano do Sul: Yendis Editora,2008.

GONÇALVES,Carlos Roberto.**DIREITO CIVIL BRASILEIRO:**

RESPONSABILIDADE CIVIL. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Volume VI

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da Investigação Cientifica para Ciências Sociais Aplicadas.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Ed RT, 2014.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C.. **Responsabilidade Civil.** Sao Paulo: Lumen Juris, 1996.

MORSELLO, Marco Fabio. **Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo.** SÃO Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR:** COM

EXERCÍCIOS. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. (REVISTA AMPLIADA E ATUALIZADA).

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL.** Minas Gerais: Uniceub ISSN 2237-1036, v. 14, 10 fev. 2017.

REVISTA DO ADVOGADO: Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no código de defesa do consumidor. SÃo Paulo: AASP - Associação dos Advogados de São Paulo, v. 33, dez. 1990.

RODRIGUES, Silvio. **DIREITO CIVIL:** RESPONSABILIDADE CIVIL. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. REVISTA E ATUALIZADA DE ACORDO COM O NOVO CODIGO CIVIL (LEI n.10.406, DE 10-1-2002).

STOCO, Rui. **TRATADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL:** DOUTRINA E

JURISPRUDENCIA. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. **INTRODUÇÃO À PESQUISA EM ciências sociais:** A pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

TELLES, Renato. A efetividade da matriz de amarração de Mazzon nas pesquisas em Administração. **Revista de Administração**, São Paulo, p.64-72, dez. 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **DIREITO CIVIL:** Obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito Civil; 2).

---

[1]Bacharel em Direito pela PUC Goiás. Mestre em Direito pela UNIMAR. Doutora em Ciências pela USP. Professora do Curso de Direito da UniCatólica. E-mail karine.mota@catolica-to.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**DA INCONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NAS ADC' 43, 44 E 54.**

**UBIRATAN ROCHA FERNANDES:** Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Unyleya. Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco, onde atuou em investigações contra o Crime Organizado, i.e, Assaltos a Bancos, Corrupção de Chefes do Poder Executivo, Tráfico de Entorpecentes, etc. Detentor de cursos de inteligência financeira e operacional. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade do Sertão do Pajéu - FASP.

Diante da urgência demandada pela revelação que aqui faremos, deixaremos de fazer maiores comentários sobre a maquinação perpetrada no STF para se ver consagrada a tese inconstitucional de que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade só deve ter início após o trânsito da sentença condenatória proferida pelo juízo "a quo",

**A MAQUINAÇÃO**

Foi o STF consentâneo com a ardilosa tese dos autores das ADC's 43, 44 e 54, que, segundo eles, está fundamentada no quanto estabelecido no art. 283 do Código de Processo Penal, que, por sua vez, está lastreado no quanto dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal.

Diz o art. 283 do CPP:

> **"Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou**,** no curso da investigação ou do processo, **em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva"** (grifos nossos).

O inciso constitucional prescreve:

**"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (**grifo nosso).

De imediato se vê que esta disposição não pode ter gerado o quanto contido no art. 283 do CPP. Nela se cogita da consequência da prisão decorrente de uma sentença transitada em julgado. Já o dispositivo infraconstitucional discrimina os meios pelos quais alguém pode ser levado à prisão. Uma coisa nada tem a ver com a outra.

Não tem, pois, o retro transcrito inciso nada a ver com **prisão**, mas, sim, com **culpa.** Temos certeza, o leitor que nos honra imediatamente percebeu. Mas, mesmo assim, vamos tentar deixar mais claro, vamos desenhar para aqueles que porventura ficaram com alguma dúvida. Uma visão parcial do art. 5º da CF:

> **"... ;**
>
> **LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;**
>
> ...;
>
> **LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; ...".**

Os cardinais romanos interessantes transformados em cardinais arábicos temos: LVII = 57 e LXI = 61. Portanto, **o culpado mora no 57** e **o preso no 61**.

Indagamos: **por que "cargas d'água"** o legislador constituinte adotaria dois incisos, usando em cada um vocábulos diferentes – culpado e preso - se pretendia dizer que o trânsito em julgado deve ser levado em conta para que se considere alguém culpado, como também para que seja alguém preso? Pretendesse isso, poderia ter sido mais econômico e num só inciso estabelecer as vedações: **Ninguém poderá ser preso ou considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.** Concordam? Se assim não fez alguma razão teve.

Claro, pois, é que o inciso LVII do art. 5º da CF não poderia servir de lastro para que o STF declarasse a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Não há apelo semântico do qual se possa valer para tornar sinônimos os vocábulos ***preso e culpado.***

Com a ação declaratória de constitucionalidade busca-se a certeza, a declaração inquestionável da conformidade da lei,do ato normativo ou uma de suas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

disposições com a Constituição; não se permite a mínima dubiedade; a luva deve caber na mão, sem necessidade de ajustes.

Para a obtenção da prestação jurisdicional requerida, dever-se-ia invocar o quanto preceituado no inciso LXI do art. 5º da CF, que está assim redigido:

> "**ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;** (grifos nossos).

Mas a intenção foi fraudar mesmo, de forma a deixar para a opinião pública a impressão de que a vindicação e o deferimento da declaração obedeceram os comandos legais e que o imoral entendimento consagrado no julgamento traduz-se em império de justiça, pelo que se justifica a soltura de corruptos presos e a vedação da prisão daqueles que estão na iminência de serem presos.

**CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO**

A empatia que provocam os corruptores e corruptos em alguns Ministros-Juízes do STF é tanta que eles esquecem de si. Diz o art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil:

> "**Compete ao Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I - processar e julgar, **originariamente**:
>
> ...;
>
> b) **nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República**;
>
> c**) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos**



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;** (grifos nossos).

À vista do quanto acima transcrito, se, **por absurda hipótese,** o Ministro Gilmar Mendes ou o Ministro Marco Aurélio Mello – aliás, não sejamos injustos, ou qualquer outro membro do STF que comungue com suas opiniões a respeito da prisão após o trânsito em julgado – vier a se envolver com corrupção e, também **por absurda hipótese,** vier a ser condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em sessão de julgamento que se fizer presente, **por absurda hipótese** também, sairá do tribunal direto para o xilindró, preso, já que a Constituição reservou ao magistrado que tem assento no Supremo Tribunal Federal o privilégio de ser **originalmente** julgado por ele próprio, STF, que é a última instância jurisdicional contemplada em nosso ordenamento jurídico – portanto, no STF o processo começa e no STF o processo termina. Condenado pelo STF o Ministro-Juiz por cometimento de crime comum não há que se falar em respeito à presunção de inocência, em aguardar o trânsito em julgado da decisão, pois neste plano não terá a quem recorrer, pois, repetimos, o STF é a última instância, o ponto final. Razão disso: o convencimento de sua culpa foi formado por um conjunto de avaliações, por um órgão colegiado. Assim, preso, restar-lhe-á apelar para a Justiça Divina, sem chances de lograr êxito, pois a Sua misericórdia não está ao alcance daqueles que, com o sacrifício da vida dos de boa fé, buscam prazeres mundanos, satisfações egoístas.

Inverídica, pois, é assertiva de que a legislação brasileira não contempla a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. E não só o art. 102 da CF. Na nossa lei adjetiva penal é fácil sua constatação. Eis algumas:

O art. 387, § 1º:

> **"O juiz decidirá, fundamentadamente, <u>sobre a manutenção</u> ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, <u>sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.</u>"** (grifos nossos).

O art. 669:

> **"Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, <u>salvo:</u>**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança; ...”** (grifo nosso);

O art. 674

> **“Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena”** (grifos nossos)**.**

## PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Já que a presunção de inocência foi a cereja do bolo para os advogados dos corruptos e corruptores, vamos aqui dar nossa “pinceladazinha”.. Dizemos: a presunção de inocência só deixa de existir quando o agente condenado é confesso. Fora isso, ela persistirá; nem com a morte do condenado ela desaparecerá. Mas não pode é o Estado ficar fiel avalista do condenado, mantendo-o solto, até que um belo dia ele faça - se fizer, prova de sua inocência. Não é justo que o indivíduo tenha seu direito à liberdade tolhido por decisão de uma pessoa; não é justo que não lhe seja dada uma oportunidade de demonstrar o desacerto da decisão proferida no juízo original. Por isso, é-lhe concedido o benefício da presunção de inocência, que prevalece até que, em grau de recurso, no juízo “ad quem”, num juízo colegiado, seja afastada essa presunção. Também não é justo que a sociedade tenha que conviver “sobressaltada” com indivíduos sobre os quais pesem suspeitas de cometimento de delitos. E é por isso que, não conseguindo o condenado demonstrar sua inocência na segunda oportunidade em que lhe é dada para fazê-lo, a presunção de inocência que até então o favorecia dá lugar à presunção de culpa em favor da sociedade. Esgota-se, pois, a presunção de inocência quando, apreciada a condenação, o órgão colegiado imediatamente superior conclui pelo acerto da decisão proferida pelo juízo originário. Se é assim para as personalidades discriminadas nas letras **b** e **c** do art. 102 da CF, por que seria diferente para os demais jurisdicionados?

## DA NULIDADE DO JULGADO

Assim, tendo partido o STF de premissas falsas, oferecidas tanto para obter uma declaração de constitucionalidade e para consagrar um entendimento que não encontra agasalho no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se o reconhecimento da maquinação perpetrada e consequentemente a nulidade do julgado, muito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

especialmente no respeitante à proibição de início do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Cobra-se aqui uma imediata ação da Procuradoria Geral da República, no sentido de buscar a declaração de nulidade da decisão proferida no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tombadas no Egrégio STF sob os números 43, 44 e 54, com solicitação de providência liminar revogando todos os mandados de soltura de presos libertados por ordem consubstanciada na equivocada decisão do STF e determinando o recolhimento dessas pessoas aos estabelecimentos em que se encontravam custodiados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# DIREITOS E DEVERES CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO MEIO AMBIENTE

**CAIO NUNES DE BARROS:** Pós-graduado em Direito Constitucional pela universidade Anhanguera-Uniderp.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar a disciplina constitucional de proteção ao meio ambiente, sobretudo a partir do art. 225 da Constituição Federal de 1988 e dos princípios do direito ambiental.

**Palavras-chave**: Direito ambiental. Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento sustentável.

**SUMÁRIO**. 1. INTRODUÇÃO. 2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE. 3. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL. 3.1 PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. 3.2 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. 3.3 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. 3.4 PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO OU DA PARTICIPAÇÃO. 4. ANÁLISE DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. Introdução

A questão do meio ambiente como bem jurídico passível de proteção pelo Estado assumiu proporções inéditas em meados do século XX, mais precisamente a partir da década de 60, impulsionada por eventos e conferencias mundiais chamando a atenção para a importância da preservação da natureza e sustentabilidade econômica. Em 1972, com a Declaração do Meio Ambiente, adotada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, surgiu o direito fundamental à preservação do Meio Ambiente associado ao direito à vida abrindo uma nova perspectiva para a institucionalização do direito ao ambiente sadio como um direito público subjetivo.

Assim, as constituições posteriores a 1972 tiveram grande influência do movimento ambientalista no sentido de assegurar a tutela eficaz do meio ambiente. Não foge a essa regra a Constituição brasileira, que juntamente com as constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), além de tantas outras como a do Chile (1972), elevaram o meio ambiente sadio a direito fundamental do indivíduo[1].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, até o início dos anos oitenta pode-se dizer que não havia uma legislação de proteção do Meio Ambiente. O que havia, até então, eram escassas regulamentações com ordenamentos relativos à água e florestas, com o objetivo precípuo, no entanto, de proteção econômica e não de específica proteção ambiental[2].

Nas Constituições anteriores a 1988, apesar de haver algumas previsões relativas ao meio ambiente, a exemplo da proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico desde a Constituição de 1934, ou até mesmo a 'função social da propriedade' prevista na de 1946, o meio ambiente ainda era visto como um bem jurídico *per accidens.* Sua tutela não se dava de forma específica, e sim como forma de garantir a preservação de outros bens jurídicos, como o patrimônio publico, a saúde publica ou o bem-estar das pessoas, os quais, historicamente, representaram os primeiros fundamentos para a tutela do meio ambiente.

Foi apenas com nossa última experiência constitucional que o meio ambiente passou a ser tutelado como um bem jurídico *per se,* de forma independente dos fundamentos da saúde pública e da proteção econômica. A constituinte de 1988 conferiu autonomia ao direito ambiental, definindo-o como direito fundamental de toda a coletividade já que é essencial à sadia qualidade de vida.

**2. A tutela constitucional do meio ambiente**

Embora conste em vários dispositivos da constituição, é no Capitulo VI do titulo VIII, dirigido à ordem social, em seu art. 225, que esse tema tem maior destaque. Faz parte, nesse sentido, da garantia do desenvolvimento e do bem-estar da sociedade, as grandes metas de toda ação do poder público segundo o disposto no art. 3º da Carta Magna.

O desenvolvimento sócio-econômico, no entanto, pode demonstrar certa incompatibilidade com a preservação do meio ambiente o que definitivamente tem ocorrido ao longo da história, embora ambos sejam preceitos contidos nas garantias de ordem social. Com efeito, o crescimento e fortalecimento da economia e da sociedade devem portar-se como instrumentos para subsidiar o objetivo social maior, mas sempre levando em consideração que a ordem econômica subordina-se à ordem social[3] .

Isso significa dizer que as atividades econômicas não poderão, sob nenhuma hipótese, gerar problemas que ponham em risco a qualidade ambiental, pois impediriam, em última medida, o pleno atingimento dos escopos sociais. A ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

portanto, entre seus princípios e limites de atuação, a defesa do meio ambiente, conforme o disposto no art. 170 da Constituição Federal:

> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação"

O direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pelo que está disposto na Constituição, representa um direito indisponível, inclusive por não ser de interesse somente das presentes gerações, mas também das futuras. Pertence, nesse diapasão, à sociedade como um todo, reputado como bem essencial à sadia qualidade de vida e classificando-se, portanto, como patrimônio público de uso coletivo.

Como todo direito fundamental, pressupõe proteção geral e positiva do poder público, o qual tem o dever constitucional de assegurar a defesa e a preservação do meio ambiente através de sanções a quem puser em risco o equilíbrio ecológico. Por outro lado, os cidadãos não são meros titulares desse direito, mas também titulares do dever de defender e preservar o meio ambiente.

## 3. Princípios do Direito Ambiental

As peculiaridades do Direito Ambiental implicam em reconhecer que ele é dotado de princípios diversos dos que usualmente são aplicáveis aos outros ramos do direito. Os princípios do Direito ambiental estão voltados à sua finalidade básica e primordial de proteger a vida, em qualquer forma que se apresente, garantindo um padrão de vida saudável a todos os seres humanos e suas futuras gerações.

As primeiras formas de proteção do meio ambiente no direito brasileiro não configuraram propriamente um direito ambiental, como bem explicita Paulo Bessa Antunes[4]. Somente a partir da constituição de 1988 houve a elaboração de princípios relativos ao meio ambiente para que ele se impusesse diante dos outros ramos do Direito, de forma autônoma e auto-aplicável, constituindo o que denomina-se Direito Ambiental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sua independência e configuração como ramo autônomo do direito, portanto, se deve à existência de princípios diretores próprios, encontrados principalmente no art. 225 da Constituição Federal, todos voltados para o escopo maior do equilíbrio ecológico.

Não obstante a existência de diversos princípios nesse sentido, alguns denotam maior aprofundamento visto que se destacam em importância e aplicabilidade.

### 3.1 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

Na Constituição Federal de 1988, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se esculpido no caput do art. 225:

> "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado..., impondo-se ao Poder Público e à coletividade o *dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*"

É notório que os recursos ambientais no planeta são esgotáveis, tornando inadmissível que atividades econômicas se desenvolvam sem essa preocupação. Busca-se, portanto, uma coexistência harmônica entre economia e meio ambiente: o desenvolvimento é permitido, mas deve ser feito de uma forma sustentável, levando em consideração a finitude dos recursos naturais.

Com efeito, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais de produção do homem e de suas atividades, estabelecendo uma relação satisfatória entre o ele e o meio ambiente capaz de garantir para futuras gerações o direito que lhes assiste de equilíbrio ecológico. O art. 170 supracitado trata exatamente dessa ponderação entre crescimento da economia e proteção ambiental, pautada pela garantia do bem-estar social.

A defesa do meio ambiente, nesse sentido, não se encontra como óbice ao desenvolvimento econômico, mas apenas como limitação à livre iniciativa no sentido de possibilitar o crescimento das atividades lançando-se mão de instrumentos e métodos adequados para a menor degradação possível.

### 3.2 Princípio do Poluidor-Pagador

Primeiramente, atente-se para o fato de que esse princípio não traz como conteúdo a premissa de "pagar para poder poluir", pois seu objetivo é bastante distinto desse. Existem no princípio do poluidor-pagador duas órbitas de alcance:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e b) ocorrido o dano, visa sua reparação (caráter repressivo).

Assim, em um primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente provocados pelo exercício de sua atividade. Ao passo que, na segunda órbita de alcance, ocorrido danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela reparação, independentemente da existência culpa dos agentes.

Na Constituição Federal, encontramos o princípio previsto no art. 225, §3°:

> "§3° As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independentemente da obrigação de reparar os danos causados*"

Insta acrescentar, por fim, que no aspecto repressivo desse princípio há a incidência do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais: a) responsabilidade civil objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental (ressarcimento natural ou indenização em dinheiro) e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

**3.3 Princípio da Prevenção**

A atual Constituição Federal adotou esse princípio expressamente ao declarar, no caput do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de *proteger e preservar* o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O princípio da Prevenção tem importância notória uma vez que, na maioria das vezes, os danos ambientais são irreversíveis e irreparáveis. O princípio da prevenção do dano ao meio ambiente é considerado sustentáculo do direito ambiental, já que o sistema jurídico é incapaz de restabelecer a situação idêntica à anterior ao dano ambiental em igualdade de condições[5].

Em verdade, não somente é impossível o retorno ao *status quo ante*, através da reparação do dano, como também a própria estipulação da sanção a ser atribuída em valor monetário se torna dificultosa. Sobre esse tema preleciona Paulo Bessa Antunes:

> "O problema é grave, pois o dano ecológico nem sempre pode ser convertido em pecúnia, sendo certo que a conversão em



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> valor não resolve o problema criado. Ademais, o que é realmente grave, em muitos casos, não há possibilidade tecnológica e científica da reparação ou reconstituição das áreas atingidas."[6]

A prevenção, portanto, e não a reparação, é o bem maior a ser perseguido pelo direito ambiental, através da utilização de instrumentos como o manejo ecológico, o tombamento, as sanções administrativas e os incentivos fiscais conferidos às atividades preservadoras. Sob o prima da Administração, encontramos, ainda, a aplicação de tal princípio por intermédio das licenças, da fiscalização e das autorizações, dentre outros atos do Poder Público.

### 3.4 Princípio Democrático ou da Participação

A CF de 1988 consagrou na defesa do meio ambiente, também no caput do art. 225, a atuação presente do Estado e da sociedade civil na proteção e preservação do meio ambiente, ao impor à coletividade e ao Poder Público tais deveres. Ao se falar em participação, tem-se em vista a atuação em conjunto das organizações ambientais, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura, Estado e sociedade.

O principio democrático tem como escopo possibilitar a participação popular nas políticas públicas ambientais, seja através do plano administrativo, ou do plano processual. Administrativamente, os cidadãos poderão exercer sua atividade através do direito à informação (CF, Art. 5º, inc. XXXIII), do direito de petição (CF, Art. 5º, inc. XXXIV) e, ainda, da possibilidade de manifestação em audiências públicas a serem designadas quando da realização do Estudo de Impacto Ambiental – EIA (CF, Art. 225, inc. IV). Processualmente pode-se intervir, ante a natureza difusa do interesse em questão, através das diversas ações que tutelam esses interesses como a ação popular ou a ação civil pública.

### 3.5 Princípio da Ubiquidade

O princípio da ubiquidade visa demonstrar, por fim, o real objeto da proteção do meio ambiente, qual seja, a preservação dos seres humanos. Como produtos do meio ambiente, as pessoas não podem ser consideradas intangíveis pelas alterações provocadas na natureza, de forma que as consequências da degradação ambiental põem em risco a própria vida humana.

Sob a perspectiva humana, toda atividade sobre qualquer tema deve levar em conta a qualidade e a preservação da vida. Noutros dizeres, o princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ubiquidade visa garantir a proteção ao meio ambiente, considerando-o como um fator relevante a ser estudado antes da prática de qualquer atividade.

Destarte, o direito ambiental prega que não se deve apenas "pensar" em sentido global, mas também em âmbito local, pois só dessa maneira é possível atuar sobre a causa da degradação e não simplesmente sobre seus efeitos.

**4. Análise do artigo 225 da Constituição Federal.**

O art. 225, no entanto, não prevê somente os princípios relativos ao meio ambiente, a Constituição cuidou de estabelecer no mesmo dispositivo as medidas e providências cabíveis à União, Estados e Municípios para assegurar o equilíbrio ecológico. A inserção de um capítulo tratando, especificamente, das questões ambientais é resultado da tendência propagada pela Conferência de Estocolmo, em 1972, tutela desse bem jurídico de maneira autônoma, específica e global.

> "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado..., impondo-se ao Poder Público e à coletividade o *dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*"

Outra novidade, trazida pelo caput do artigo, foi a caracterização do meio ambiente como "bem de uso comum do povo", o que significa dizer que o meio ambiente constitui um bem jurídico próprio, diferente daquele ligado ao direito de propriedade. Exemplificando, um industrial pode ter como bem uma fazenda onde sua fábrica foi instalada. Porém, as árvores ali presentes não poderão ser queimadas por ele, sob pena de comprometer o ar atmosférico, pois o ar pertence simultaneamente a todos, ou seja, é um "bem de uso comum do povo".

A seguir, está presente uma explanação breve dos parágrafos e incisos correspondentes ao artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

**4.1 Para assegurar a efetividade desse direito, incube ao Poder Público: (art. 225, §1°)**

**4.1.1 Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Inciso I)**

Cuida-se aqui de garantir, através de ações conjugadas de todas as esferas e modalidades do Poder Público, o que se encontra em boas condições originais e de recuperar o que foi degradado, ou seja, de preservar e restaurar os processos ecológicos. Preservar é manter intacto o meio ambiente natural, conservando suas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

características originais. Restaurar é estabelecer critérios para recompor os recursos naturais anteriormente degradados.

Pode-se conceituar *processos ecológicos essenciais* como aqueles governados, sustentados ou intensamente afetados pelos ecossistemas, sendo indispensável à produção de alimentos, à saúde e a outros aspectos da sobrevivência humana, bem como seu próprio desenvolvimento.

**4.1.2 Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Inciso II)**

Através da preservação, o constituinte almejou conservar a biodiversidade. Teve a intenção de proteger as múltiplas espécies da flora e fauna que constituem o patrimônio genético do país.

Já na segunda parte do inciso, cuida do poder de polícia na área em que o material genético é utilizado. Trata-se de um problema da engenharia genética, o qual repercute sobre a espécie humana como uma das problemáticas a serem investigadas futuramente.

**4.1.3 Definir espaços territoriais protegidos (Inciso III)**

Os espaços territoriais especialmente protegidos são definidos por José Afonso da Silva como áreas geográficas públicas ou privadas dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, além da preservação e proteção aos recursos hídricos[7].

Cumpre Esclarecer, ainda, que o inciso III, como norma de conteúdo programático, enseja a atuação conjunta do Executivo e do Legislativo, a fim de que sejam definidos os espaços territoriais sujeitos à tutela dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

**4.1.4 Realização de estudo prévio de impacto ambiental (Inciso IV)**

Entende-se por impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por atividades humanas. Foi exatamente para prever e impedir a manifestação de tais danos, que se criou o estudo prévio de impacto ambiental, daí a importância de que seja elaborado no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

momento certo, de modo a anteceder a degradação ambiental. Destarte, pela própria irreversibilidade dos danos causados ao meio ambiente, a prevenção desses danos torna-se a escopo principal da atuação do Estado em prol preservação ambiental.

**4.1.5. Controlar a produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente (Inciso V)**

De modo implícito, o inciso procura incentivar a utilização de tecnologias limpas, o que faz com que as atividades econômicas utilizem os mais modernos meios de controle à poluição e ao lançamento do efluentes no meio ambiente. Pode-se dizer, então, que controlar a produção e a comercialização é exercer uma fiscalização efetiva dos recursos naturais extraídos da natureza até sua transformação em matéria-prima para outras indústrias ou para o consumo final. Sendo esse controle feito de maneira preventiva, por meio de licenciamentos, e, após a sua operação, através das auditorias.

**4.1.6 Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; (Inciso VI)**

Conceitua-se *educação ambiental* como os processos por meio dos quais os indivíduos e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, visto como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (art. 1° da Lei n° 9.795/99). A educação aí referida é a informal, não se tratando especificamente do ensino escolarizado, embora, obviamente, não impeça que as instituições educativas promovam a conscientização nas escolas.

A educação ambiental não se limita a tratar de questões somente científicas. Ela forma a consciência cívica dos educandos e da população, como se vê na convenção sobre o acesso à informação, a participação do público no processo decisório e o acesso à justiça em matéria de meio ambiente.

**4.1.7 Proteger a fauna e a flora (Inciso VII)**

Fora determinar a incumbência ao Poder Público de proteger fauna e flora, o constituinte também vedou as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade. Ao proibir práticas que coloquem em risco as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

funções ecológicas tanto da fauna quanto da flora, a Constituição estende a proteção para além do ser vivo, abrangendo suas relações ecossistêmicas. Visto que a extinção de espécies representa perda da biodiversidade e da qualidade de vida das relações ecossistêmicas, a Constituição veda, nesse sentido, as práticas potencialmente exterminadoras.

### 4.2 Meio Ambiente e Exploração (Art. 225, §2°)

Por mais que se tenha a noção de que a extração mineral é uma atividade econômica de suma importância, não se pode negar que tal atividade constitui uma agressão à natureza, representando um dos ramos industriais mais nocivos do ponto de vista ambiental. Esses impactos negativos se potencializam em países como o Brasil, onde os métodos de extração são ainda bastante rudimentares.

Ciente disso, o constituinte impôs ao minerador a responsabilidade de recuperar o meio ambiente degradado. Portanto, a Constituição valorizou tanto a prevenção como a recuperação, inserindo no seu corpo essa exigência diante da magnitude dos danos causados por essa atividade, de modo que nenhum órgão público poderá autorizar qualquer pesquisa ou lavra mineral em que não esteja prevista a recuperação ambiental.

### 4.3 A responsabilização cumulativa das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (Art. 225, §3°)

Existem dois aspectos ressaltados pelo preceito: a responsabilidade penal de pessoas jurídicas e a responsabilidade objetiva por dano ambiental. A partir desses critérios, tem-se que, qualquer pessoa infratora, inclusive as pessoas jurídicas, responderão administrativa, civil e penalmente pelos danos ambientais.

Para responsabilidade civil objetiva, basta que se pratique o por dano ambiental, afastando a doutrina tradicional da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa. O que importa não é a culpa, mas sim a relação de causalidade entre o ato e o resultado danoso.

### 4.4 Proteção especial a macrorregiões (Art. 225, §4°)

De fato, o constituinte escolheu algumas áreas de especial valor ecológico e as prescreveu na Constituição. Tão grande foi a preocupação com a manutenção desses vastos territórios, que os considerou "patrimônio nacional". Tal expressão não tem o sentido de propriedade federal ou do estado, mas de riqueza, que herdamos com a obrigação de preservar e de transmitir a gerações futuras, sem perda de seu adequado aproveitamento econômico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**4.5 A indisponibilidade de terras devolutas e de áreas indispensáveis à preservação ambiental (Art. 225, §5°)**

As terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado por ações discriminatórias, desde que necessárias à proteção de ecossistemas naturais, são consideradas indisponíveis, isto é, não podem ser alienadas, vendidas, doadas, oferecidas em pagamento ou permutadas.

**4.6 O Controle das Usinas Nucleares (Art. 225, §6°)**

Sob a égide das constituições passadas, alguns Estados-membros aprovaram leis para dispor sobre a construção e localização de usinas nucleares, sem qualquer critério ou planejamento prévio. Para evitar problemas semelhantes, a Constituição de 1988 consagrou que usinas com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal acrescentando, ainda, que a responsabilidade por danos nucleares independe de culpa (art. 21, XXIII, c).

Tal parágrafo foi disposto em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, devendo ser entendido, portanto, com prudência. Absolutamente nenhuma usina que opere com reator nuclear poderá ser instalada sem prévia edição de lei federal.

**5. Conclusão**

A tutela constitucional do meio ambiente concretizou, portanto, a percepção do sentido comunitário e coletivo do espaço social e de seus recursos naturais a partir da previsão de princípios, medidas e providências cabíveis à sua proteção. Cada indivíduo do gênero humano tem direito à qualidade ambiental, ou seja, a um ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, conforme dispõe a Constituição Federal.

A Constituição, em outras palavras, institucionalizou o direito ao ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo, pressupondo proteção geral e positiva do Poder Público, além da participação ativa dos cidadãos, não apenas como titulares desse direito, mas também do dever de impor e assegurar a preservação do meio ambiente.

**Referências Bibliográficas**

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 1a edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo**. Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007

GRAU, Eros Roberto**. A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 219.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente - A gestão ambiental em foco.** 5ª ed. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

PACHECO FILHO, Celso Antônio. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2000,

SILVA, José Afonso Da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

NOTAS:

---

[1] SILVA. José Afonso**. Direito Ambiental constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 43.

[2] MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente - A gestão ambiental em foco.** 5ª ed. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007. p 146.

[3] GRAU, Eros Roberto**. A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 219.

[4]ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental Direito Ambiental**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 29

[5] PACHECO FILHO, Celso Antônio. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35.

[6] ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 132.

[7] SILVA, José Afonso Da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# UMA ANÁLISE DO MEDICAMENTO SPINRAZA – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

**CLAUDIA BEATRIZ MAIA SILVA:** Procuradora do Estado de São Paulo. Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Izabela Hendrix e ESPGE e Pós Graduanda em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo – ESPGE.

**RESUMO:** Breve análise da incorporação do medicamento spiranza pela Anvisa e o impacto da judicialização da Saúde em medicamentos de alto custo sob a ótica das novas decisões do Supremo Tribunal Federal nos temas 793 e 500.

**SUMÁRIO:** 1- INTRODUÇÃO. 2- PERFIL DAS AÇÕES AJUIZADAS – SÚMULA 793. 3- A INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS PELO SUS. 4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1- INTRODUÇÃO

O artigo 196 da Constituição Federal estabeleceu o direito à saúde à todos os membros da sociedade, pelos seguintes termos "a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

O direito a saúde foi classificado como um direito subjetivo constitucionalmente tutelado. Essa garantia ampla do artigo 196 da CF impacta sobremaneira a judicialização da saúde, interferindo nas políticas públicas de saúde e na incorporação de novas tecnologias pelo Poder Executivo. O presente artigo visa analisar a demanda judicial do spiranza medicamento de alto custo e o impacto para o Estado de São Paulo.

Apenas no ano de 2018, em todo o Estado de São Paulo o spiranza ocupou o primeiro lugar de maior custo de medicamentos do Estado de São Paulo no atendimento de apenas 44 pacientes com um gasto aproximado de R$28.372.988,80, sendo o maior gasto da Secretaria Estadual de Saúde com um medicamento em judicialização.

A atrofia muscular espinhal (AME) é uma doença neurodegenerativa com herança genética autossômica recessiva, com uma incidência de 1:6.000 a 1:10.000 nascimentos (considerando todos os tipos de AME).

Segundo a Biogen, fabricante do medicamento:

> *"As Atrofias Musculares Espinhais são um grupo de doenças neuromusculares hereditárias autossômicas recessivas caracterizadas pela degeneração dos neurônios motores na medula espinhal e tronco encefálico, resultando em fraqueza muscular progressiva. Com um diagnóstico difícil e geralmente determinada por sinais clínicos, a doença é caracterizada por prejudicar os movimentos voluntários mais simples, como sustentar a cabeça, sentar ou andar.*
>
> A AME é dividida em quatro tipos, sendo o primeiro de maior gravidade e o último, menos agressivo, com manifestação tardia e perda de função motora gradativa"

O medicamento nusinersena (spiranza) é o primeiro medicamento aprovado para o tratamento da atrofia muscular espinhal tipo 1 pela Conitec Trata-se de medicamento destinado ao tratamento da doença rara e categorizadas como droga órfã, por ser a única disponível no mercado. Desenvolver esse tratamento exige altos investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), bem como em tecnologia, para um número muito pequeno de pacientes no mundo.

Embora recentemente aprovada pela Anvisa, a medicação ainda não é comercializada no país e o valor do medicamento por dose é de R$ 300.428,00 e somente o 1º ano de tratamento pode custar R$ 1.300,000,00 por paciente.

Pela aprovação da CONITEC o medicamento foi incorporado para o tipo 1, mais grave, sendo os pacientes do tipo 2 e 3 via compartilhamento de risco com o laboratório. Esse perfil foi o aprovado pela União Federal em Portaria: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/24/no-senado-ministro-assina-portaria-que-libera-distribuicao-de-spinraza-pelo-sus

Na própria análise do medicamento pelo Laboratório, as pesquisas realizadas comprovam que:

> "Evidências científicas: Dois ensaios clínicos randomizados (ECR), um estudo de extensão e seis relatos de corte foram encontrados. Dos ECR, um avaliou o uso de nusinersena em pacientes com AME de início precoce (ou tipo 1) e o outro AME de início tardio. O ECR avaliando AME

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 5q tipo 1 encontrou diferenças estatisticamente significantes entre o grupo em uso do medicamento e o controle na melhora do escore HINE 2, sobrevida livre de evento, CHOP INTEND e morte. Já para os desfechos proporção de pacientes que passaram a requerer ventilação mecânica e incidência de eventos adversos (EA) não houve diferença estatisticamente significante entre os dois grupos. Pacientes com menor tempo de duração da doença tiveram melhores resultados com o uso do nusinersena em relação à mortalidade e uso de ventilação mecânica. O outro ECR, de pacientes com AME 5q de início tardio, avaliou o ganho motor pela escala HFMSE, sendo maior no grupo nusinersena quando comparado ao controle.
>
> Os desfechos secundários não apresentaram diferenças estatisticamente significantes entre os grupos, assim como a segurança. Os estudos avaliando a efetividade correspondiam a relatos de Programas de Acesso Expandido de cinco países, para AME 5q tipo 1. Observou-se maior benefício com nusinersena no escore CHOP INTEND nas crianças que iniciaram o tratamento até os sete meses de idade. Quanto ao HINE 2, os pacientes atingiram uma melhora variando de 1,26 a 1,5 após o período de uso do nusinersena. Em relação à função respiratória, 10 a 18% dos pacientes em tratamento passaram a necessitar de suporte ventilatório." (in: http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2019/Relelatorio_Nusinersena_AME5q_2019.pdf)

Há que considerar, entretanto, que o judiciário vem reconhecendo, de forma indiscriminada o direito ao recebimento do tratamento, ainda que não preenchidos os requisitos elencados pelo laboratório produtor da droga. E ainda, que os custos vão além da longe de simples entrega das ampolas requeridas pois a aplicação requer todo aparato de um centro cirúrgico bem como a mão de obra de profissionais especializados como neurologista e enfermeiras.

## 2- PERFIL DAS AÇÕES AJUIZADAS – SÚMULA 793

O Supremo Tribunal Federal julgou esse ano o Tema 793, como tema principal a questão da solidariedade entre os entes da federação em saúde pública. No julgamento do Recurso Extraordinário 855.178, iniciado dia 22/05/2019 e concluído no dia seguinte, a seguinte tese firmada de repercussão geral (TEMA 793):

> Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019

É também o que já determinava o Conselho Nacional da Magistratura, na forma do enunciado seguinte, decorrente da I JORNADA DE DIREITO À SAÚDE, ocorrida entre os dias 14 e 16 de maio de 2014:

> **ENUNCIADO N.º 8**
>
> Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

No entanto, apenas três das 44 ações ajuizadas contra o Estado de São Paulo em 2018 foram ajuizadas na Justiça Federal incluindo também a União no polo passivo.

Há que se acrescentar que a tutela antecipada tem sido indiscriminadamente concedida com base na ampla previsão do artigo 196 da Constituição Federal. E ainda, verificou-se que, para além do custo do próprio medicamento, a multa diária pelo descumprimento da ordem judicial antecipadamente concedida, tem sido fixada em valores astronômicos, com destaque para um dos casos em que a multa foi fixada no montante de R$ 400.00,00, ocasionando um agravamento da situação pelo enriquecimento sem causa do demandante.

Vale ressaltar que as tutelas antecipadas têm sido concedidas desconsiderando o juízo o fato de que o reconhecimento do direito ao tratamento não se limita à entrega das ampolas do spinraza, mas envolve a hospitalização do requerente bem como a administração intratecal, ou seja, injeção que atravessa o crânio para atingir diretamente o cérebro e o sistema nervoso central. Isso significa que depende de profissionais devidamente capacitados para injetá-lo, em procedimento que exige internação hospitalar, sedação e anestesia. Tal complexidade não tem sido considerada na concessão da tutela antecipada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O próprio fabricante do medicamento indica que os pacientes em uso do NUSINERSIN (SPIRANZA) precisam ser acompanhados para que sejam monitorados os potenciais efeitos adversos ao medicamento e de seu uso concomitante com outros tratamentos. É nessa fase que são identificadas populações que respondem melhor ao medicamento ou para as quais o medicamento traz mais risco que benefícios. Ademais, o próprio sitio eletrônico do fabricante avisa sobre o grave risco de hemorragia devido a redução da contagem de plaquetas e de toxidade renal.

Cumpre ainda destacar a necessidade de um acompanhamento minucioso sobre a manutenção da condição *sine qua nom* para a manutenção da antecipação de tutela tendo em vista que o medicamento pode causa à parte infecções do trato respiratório, constipação, anormalidades na coagulação e toxidade renal, e, sem os efeitos terapêuticos sonhados, seu uso deve ser imediatamente descontinuado.

Deferida a tutela antecipada, A liberação do fármaco somente pode ser feita para a unidade (hospital) de comprovação da internação do paciente e apresentação de formulário de farmacovigilância, assinado pelo médico prescritor e paciente (ou responsável). Isto porque as ampolas, que custam mais de R$ 300.000,00 cada, dependem de acondicionamento adequado (refrigeração). Como já visto, sua administração requer técnica médica específica, necessitando de hospitalização e cuidados sedativos e anestésicos.

Da mesma forma, o médico prescritor deve assumir a responsabilidade por viabilizar a administração do medicamento. Afinal, o serviço público de saúde não pode se responsabilizar pela hospitalização e aplicação, pois não se pode impor ao corpo clínico que reconheça e assuma a responsabilidade pela prescrição médica de outro profissional.

É cediço que a responsabilidade da prescrição médica é do médico prescritor, mostrando-se intransferível para outro médico. O médico que prescreve o tratamento é co-responsável pela sua administração.

## 3- A INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS PELO SUS

A CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde foi criada pela Lei 12.401 de 2011, para estipular a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do SUS Este órgão tem o objetivo de assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos produtos e procedimentos no Sistema único de Saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A incorporação de novas tecnologias é aprovada após a realização de um processo denominado ATS – avaliação das tecnologias em saúde. Esse processo é baseado em evidencias que procura examinar as consequências da utilização de uma nova tecnologia em saúde com seus impactos clínicos, sociais, econômicos, éticos e organizacionais, a fim de orientar as decisões de acesso.

A grande diferença entre o registro de um medicamento e as evidências exigidas para a incorporação no sistema de saúde, é que, no último caso, além de comprovar a sua segurança e eficácia, essa alternativa deve ser mais vantajosa que as já disponibilizadas no sistema de saúde.

O spiranza foi recomendado para incorporação pela Conitec: "*Decisão: Incorporar o nusinersena para atrofia muscular espinhal (AME) 5q tipo I, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Dada pela Portaria nº 24, publicada no Diário Oficial da União nº 79, seção 1, página 52, em 25 de abril de 2019.*"

Observa-se que a incorporação do spiranza ocorreu em 2019. No entanto, desde 2018 o spiranza já era o medicamento com maior dispêndio pela Secretaria da Saúde de São Paulo

O comprometimento das políticas públicas de saúde com a judicialização gera um déficit econômico e desequilíbrio no sistema, ao permitir que o Poder Judiciário analise o tema apenas pela redação ampla do artigo 196 da Constituição.

Essa análise é também verificada pelo Relatório Analítico propositivo: Justiça Pesquisa, realizado pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa em parceria com o Conselho Nacional de Justiça.[1]

Analisando os dados da judicialização da saúde constatou-se a ínfima utilização pelo Poder Judiciário dos instrumentos administrativos de incorporação e análise da assistência farmacêutica do SUS na prolação das decisões proferidas pelos magistrados em primeira e segunda instâncias. O Insper analisou por região as decisões judiciais que mencionavam as decisões da Conitec, seus protocolos, ou os pareceres do NAT – Núcleos de avaliação de Tecnologia da Saúde, que são instrumentos auxiliares para fornecer subsídio técnico sobre as tecnologias em discussão, obtendo os seguintes resultados:

Esse percentual é apenas de citações. A conclusão que se chega é que há um grande distanciamento entre as políticas públicas implementadas pelo Executivo e as decisões judiciais, criando dois sistemas de saúde paralelos. O SUS que atende toda a população e as demandas judiciais que, na maioria dos casos, é a vanguarda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da saúde mundial, pois possibilita tratamentos sequer analisados pelos órgãos técnicos competentes.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS –

O Ministério da Saúde incorporou o nusinersena para atrofia muscular espinhal 5q tipo I, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, para pacientes com diagnóstico genético confirmatório que não estejam em ventilação mecânica invasiva permanente. A incorporação foi realizada pela Portaria Nº 24, DE 24/04/2019.

Também foi realizada a incorporação do Spinraza na modalidade compartilhamento de risco, nos outros subtipos da doença: o tipo 2 (início dos sintomas entre 7 e 18 meses de vida) e o tipo 3 (início dos sintomas antes dos 3 anos de vida e 12 anos incompletos). Neste formato, o governo só pagaria pelo medicamento se houvesse melhora da saúde do paciente. Assim, ao mesmo tempo em que os pacientes fazem uso do medicamento, devem ser acompanhados, via registro prospectivo, para medir resultados e desempenhos, como evolução da função motora e menor tempo de uso de ventilação mecânica.

Segundo informações do Ministério da Saúde: "Em 2018, 90 pacientes foram atendidos, a partir de demandas judiciais que solicitavam a oferta do Spinraza, ao custo de R$ 115,9 milhões. Cada paciente representou, em média, custo de R$ 1,3 milhão. Atualmente, são 106 pacientes atendidos. A medicação era adquirida pela rede pública por até R$ 420 mil a ampola. Após a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) estipular um teto de preço para o medicamento, houve uma redução de 50% em relação ao empregado em 2017. Com a incorporação, que garante uma compra anual centralizada pelo Ministério da Saúde, o valor poderá ser negociado com a empresa fabricante do produto, baixando ainda mais os custos."

Em 11 de junho de 2019 foi promulgada a Portaria Nº 1.297 que criou o projeto piloto de acordo de compartilhamento de risco para incorporação de tecnologias em saúde, para oferecer acesso ao medicamento para o tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME 5q) tipos II e III no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Em 17 de maio de 2019 foi publicado parecer pela Agência Nacional de Saúde pontando que o Spinraza é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> " O medicamento Nusinersena (Spinraza®), Registro ANVISA nº 169930008 (data de registro 28/08/2017), tem indicação prevista em bula para o tratamento da Atrofia Muscular Espinhal 5q (AME). Conforme informações de registro na ANVISA, o medicamento Nusinersena pertence à classe terapêutica "outros medicamentos para transtornos do sistema musculoesquelético", tem apresentação em solução injetável, de uso restrito a hospitais, e deve ser administrado por via intratecal.
>
> Em conformidade com Art. 12, inciso II, alínea "d" da Lei nº 9.656/1998, o medicamento Nusinersena é de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos de saúde quando prescrito pelo médico assistente para administração em internação hospitalar, nos planos de segmentação hospitalar (com ou sem obstetrícia) e planos-referência."

Nesse mesmo período, em 30/05/2019 foi divulgado pela imprensa (in: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/05/medicamento-milionario-aprovado-nos-eua-promete-curar-a-atrofia-muscular-espinhal-ame-cjwbcht2t01hg01qtkv8jzm5s.html) uma nova droga que promete curar a atrofia muscular espinhal. O medicamento denominado Zolgensma, da empresa Novartis, teve sua venda aprovada nos Estados Unidos e pela agência Food and Drug Administration (FDA), órgão americano que fiscaliza alimentos e remédios. A FDA informou que a segurança do Zolgensma foi comprovada por teste clínico em curso e outro já concluído, do qual participaram 36 pacientes com idades entre duas semanas e oito meses.

O zolgensma tem custo avaliado em US$ 2,1 milhões (cerca de R$ 8,4 milhões a dose). Apesar de ter um custo bastante superior ao spiranza, o laboratório informou que a dose é única, logo a médio prazo seu custo é inferior. Ademais o zolgensma é na verdade um tratamento genético que busca reparar genes para que eles sejam capazes de produzir proteínas em quantidades normais, oferecendo, portanto promessa de cura da doença, que não é alcançada com o spiranza que concentra-se em aumentar o nível das proteínas que permitem a melhora motora no paciente.

Ainda não surgiram ações desse novo medicamento até porque recém lançado, porém as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal devem impactar na defesa do Estado, com a remessa dos processos para a Justiça Federal.

Nesse mesmo período, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada dia 22.05.2019, julgou o Tema de Repercussão Geral nº 500, que trata especificamente da questão. Na ocasião, firmou-se a seguinte tese:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.

2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

(i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);

(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e

*(iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.*

4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União". (g.n.)

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal sedimentou a regra da impossibilidade de dispensação de medicamentos sem registro, admitidas apenas duas exceções, quais sejam, (i) mora *irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro e (ii) pedidos de "drogas órfãs, ou seja, o único medicamento existente no mundo.*

Ademais, estabeleceu que as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União.

O acerto da decisão no tocante à necessidade de ajuizamento da ação com este fim em face apenas da União é evidente, visto que compete exclusivamente à ANVISA conceder registros de medicamentos e produtos de saúde, através da análise de sua segurança e eficácia, para que possam ser colocados para consumo da população nacional.

No caso do spiranza, a despeito do registro na Anvisa, o seu uso não foi estabelecido para todos os casos, conforme analisado, e sedimentado com as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

últimas portarias do Ministério da Saúde que até mesmo definiu o compartilhamento de risco. Sendo recomendável o uso

5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/legislacao/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 17 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário oriundo do Rio Grande do Sul nº 841.526. Tema 592 de Repercussão Geral. Relator Ministro Luiz Fux. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 01/08/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11428494> Acesso em 03 de dezembro de 2018.

Tema 500 - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Relator: Ministro Marco Aurélio, Leading Case: RE 657718.

Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Relator: Ministro Luiz Fux, Leading Case: RE 855178.

Tema 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Relator: Ministro Marco Aurélio, Leading Case: RE 566471.

Processo nº 1009284-89.2019.8.26.0053 -, 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, sentença proferida em 22.7.2019.

SANTOS, Lenir. Judicialização da Saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir. TERRAZA, Fernanda (org.). Judicialização da saúde no Brasil. São Paulo: Ed. Saberes, 2014, SP.

INSPER – Instituto de Pesquisa e Ensino. Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. (Série Justiça Pesquisa). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf. Acesso em: 22 jun. 2018

[1] INSPER – Instituto de Pesquisa e Ensino. **Judicialização da saúde no Brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. (Série Justiça

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pesquisa). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf. Acesso em: 22 jun. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# PRINCÍPIOS CARDEAIS DO DIREITO PENAL

**CARLOS EDUARDO ALVES DE ASSUNÇÃO:** Ensino superior completo em Direito e servidor público Estado de Pernambuco, policial civil.

**RESUMO:** O presente artigo visa apresentar um rol de princípios que são considerados como essenciais para os estudantes e profissionais do Direito. Focando nos princípios cardeais relacionados ao Direito Penal. Desta maneira vislumbra-se em ampliar o leque de conhecimento para que os leitores tenham capacidade de no momento específico identificar qual princípio poderá ser erguido num debate ou até mesmo num estudo de caso relacionado a um problema concreto. Destaca-se entre os principais princípios o da Legalidade, Intervenção Mínima, Alteridade, Bagatela entre outros. Foi utilizado no artigo científico à metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema ora estudado e da legislação brasileira.

**Palavras-Chave:** Princípios. Direito Penal. Conhecimento.

**ABSTRACT:** This article aims to present a list of principles that are considered essential for students and legal professionals. Focusing on cardinal principles related to Criminal Law. In this way it is envisaged to widen the range of knowledge so that readers have the ability at the specific moment to identify which principle can be raised in a debate or even in a case study related to a specific problem. It stands out among the main principles of Legality, Minimum Intervention, Alterity, Bagatela among others. It was used in the scientific article to the reference bibliographical methodology, using books, articles and works that deal with the subject studied and the Brazilian legislation.

**SÚMARIO:** Introdução. 1. Princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal. 1.1 Princípios da Exclusiva proteção de bens jurídicos. 1.2 – Princípios da Intervenção Mínima ou Ultima Ratio. 2. Princípios relacionados com o Fato do Agente. 2.1 Princípio da exteriorização ou materialização do Fato. 2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 2.1.1 Normal Penal em Branco Própria. 2.1.2 Normal Penal em Branco Imprópria. 2.1.3 Norma Penal em Branco AO REVÉS OU INVERSA OU AO AVESSO. 2.2 Tipo Aberto. 2.3 Princípio da Alteridade ou Ofensividade ou lesividade. 3. Princípios relacionados com a Agente do Fato. 3.1 Princípio Da responsabilidade Pessoal. 3.2 Princípio da responsabilidade Subjetiva. 3.3 Princípio da culpabilidade. 3.4 Princípio da Igualdade ou Isonomia. 3.5 Princípio da Presunção de Inocência ou não Culpa. 4. Princípios relacionados com a Pena 4.1 Princípio da Proibição da Pena Indigna. 4.2 Princípio da Humanização das Penas. 4.3 Princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Proporcionalidade. 4.5 Princípio da Vedação do "Bis in Idem". 4.6. Princípio da Individualização da pena. 4.7 Princípio da Intranscendência da pena ou personificação ou responsabilidade pessoal. 4.8 Princípio da Coculpabilidade. 5. Conclusão. 6. Agradecimento. 7. Referência.

## INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, busca-se apresentar os mais importantes Princípios do Direito Penal Brasileiro, analisando de várias perspectivas, conceituando os mesmos de forma pragmática para facilitar o aprendizado e ampliando o conhecimento de forma mais simples para que o leitor possa identificar e utilizar tal aprendizado no seu cotidiano.

## 1. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM A MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL:

**1.1 – Princípios da Exclusiva proteção de bens jurídicos –** primeiro, a proteção do bem jurídico é todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, e com isso o Princípio diz que nenhuma criminalização é legítima se não busca evitar a lesão ou perigo de lesão a um bem juridicamente Legítimo, impedindo assim que o Estado utilize o Direito Penal para proteger bens jurídicos ilegítimos.

**Pergunta de concurso: Explique a espiritualização do Bem Jurídico?**

Parte da doutrina crítica a expansão inadequada e ineficaz em razão dos novos bens jurídicos de caráter coletivo e difuso. Argumenta-se que tais bens jurídicos são formulados de modo vago e impreciso ensejando a denominada desmaterialização ou **espiritualização do bem jurídico**.

**P. da Fragmentariedade do Direito Penal**

Estabelece que nem todos os fatos considerados ilícitos pelo direito devam ser considerados **como infração penal**, mas somente aqueles que atendem contra bens jurídicos **extremamente relevantes,** ou seja, o direito penal só deve tutelar bens jurídicos de grande relevância social.

**P. da Subsidiariedade do Direito Penal**

Estabelece que o direito penal não deva ser usado a todo o momento, **deverá ser utilizado apenas quando os demais ramos do direito não puderem tutelar satisfatoriamente o bem jurídico que se busca proteger**.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**1.2 – Princípios da Intervenção Mínima ou Ultima Ratio –** O direito penal só deve ser aplicado quando for estritamente necessário mantendo-se **subsidiário** (A intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle) e **fragmentário** (observa somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico relevante).

Assim, o P. da intervenção mínima tem como pressupostos, ou seja, é formado pelo P. da **fragmentariedade e subsidiariedade** do direito penal. É um princípio limitador do poder estatal.

**Princípio da Insignificância: (Defendido por Roxin)**

**-** Mínima ofensividade da conduta;

- Ausência periculosidade social da ação;

- Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;

- Inexpressividade da lesão jurídica.

Para o STJ ainda soma-se o requisito – **Importância do objeto material para a vítima, os** doutrinadores dizem que este requisito nada mais é do que um analise do último dos requisitos. STF acha que é somente o MARI.

<u>Consequência da aplicação</u>

Exclui a **tipicidade material** do fato, não há crime, restando apenas à tipicidade formal (Subsunção entre a conduta e a previsão contida na lei) o que é insuficiente para caracterizar a tipicidade.

**Os tribunais** não aplicam este P. para os crimes que envolvam violência ou grave ameaça, como o roubou e extorsão.

**STF e STJ**. "O princípio da insignificância - que deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do direito penal - tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material."

**Perguntas:**

**Aplica-se o princípio da insignificância nos crimes contra administração?**

**-STF:** Aplica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**-STJ:** Não aplica (Considerando o bem jurídico tutelado).

**Aplica-se o P. Da Insignificância nos crimes de moeda falsa?**

**- STF e STJ** não se aplicam (Tratando-se de delito contra a fé pública, sempre há interesse estatal na sua punição).

**Aplica-se o P. Da insignificância para agente reincidente?**

**-** A questão não esta consolidada nos tribunais superiores, havendo decisões nos dois sentidos. Há decisões no STJ que aplica para reincidente e que não aplica e que não aplica apenas para o reincidente específico, o **STF entende** que somente a **REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA AFASTA O PRINCÍPIO.**

**Aplica-se o P. Da Insignificância no delito de descaminho.**

Tem decisões admitindo desde que: Prevalece

a) Débito tributário apurado inferior a 10 mil reais (Valor Mínimo para ajuizamento da ação fiscal);

b) Apreensão de todos os produtos objetos do crime.

**Lembrando:** Local do crime e competência para o julgamento é a do lugar da apreensão dos objetos.

**Aplica-se o P. Da Insignificância no delito de Apropriação Indébita previdenciária?**

Prevalece atualmente que sim a dúvida é quanto ao valor se é 20 ou 10 mil o valor mínimo da apropriação.

**Aplica-se o P. Da Insignificância no delito de Roubo?**

**STF e STJ** não admitem, mas é possível no crime de furto mesmo que qualificado.

**Aplica-se o P. Da Insignificância no delito Contra o Meio Ambiente?**

A questão não esta consolidada nos tribunais superiores, havendo decisões nos dois sentidos, mas prevalece que pode Sr aplicado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Aplica-se a insignificância: furto; crimes contra a ordem tributária; descaminho; crimes ambientais.

Não se Aplica a insignificância: lesão corporal; roubo; tráfico; moeda falsa; crimes contra a fé pública; contrabando; estelionato previdenciário; estelionato contra o FGTS; estelionato envolvendo seguro-desemprego; violação de direito autoral; posse ou porte de arma de fogo ou munição (STF - pingente sim); crime militar. HÁ DIVERGÊNCIA: crime de prefeito (STF, sim; STJ, não); porte de droga para consumo pessoal (STJ, não; STF possui precedente isolado); apropriação indébita previdenciária (STF, não; STJ, sim); rádio clandestina (STJ, não; STF, sim em casos excepcionais).

**Infração bagatelar própria**: é a que já nasce sem nenhuma relevância penal: ou porque não há desvalor da ação (não há periculosidade na ação) ou porque não há o desvalor do resultado (não se trata de ataque intolerável ao bem jurídico)

**Infração bagatelar imprópria** é que não nasce irrelevante para o Direito penal, mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso apresenta-se como totalmente desnecessário (princípio está relacionado à pena e não a culpabilidade, ou seja, o agente ficará isento de pena, mas a sua culpabilidade não se excluirá nem o fato típico).

## 2. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM O FATO DO AGENTE.

### 2.1 P. Da exteriorização ou materialização do Fato.

Significa que o Estado só pode incriminar condutas humanas voluntárias, isto é, fatos praticados (Ninguém pode ser punido por seus pensamentos, desejos, por meras cogitações ou estilo de vida).

| **Direito Penal do Autor** | **Direito Penal do Fato** | **Direito Penal do Fato, levando em consideração seu autor.** |
|---|---|---|
| Marcado pela punição de pessoas que não tenham praticado nenhuma conduta criminosa pune pela qualidade pessoal da pessoa, exemplo é o | Somente devem ser punidos fatos causados pelo homem se a conduta for criminosa. | Só devem ser incriminados fatos, mas na punição o juiz considerará as condições pessoais do agente. Art. 59 CPB. |

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

| | | |
|---|---|---|
| nazismo, punia os judeus e negros. | | |

**2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 1º adotou **o princípio da Legalidade**, porém este nasce da soma de 2 princípios o **reserva legal** (não há crime sem lei) e **P. Da anterioridade** (sem lei anterior).

* CF/88. Art. 5º XXXIX;

* CADH art. 9º;

* Estatuto de Roma art. 22;

* Convênio para a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais art. 7º § 1º.

**Conceito:** Constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais.

**Quais os fundamentos do P. Da Legalidade?**

1º - **Fundamento político**, exigência de vinculação do executivo e do judiciário a leis formuladas de forma abstrata, este **impede o poder punitivo com base no livre arbítrio**;

2º – **Fundamento democrático,** respeito ao P. Da divisão de poderes, **o parlamento deve ser responsável pela criação de crimes.**

**3º – Fundamento Jurídico,** uma lei prévia e clara produz importante efeito intimidativo.

**Atenção:** este princípio é uma conquista do indivíduo contra o poder de polícia do estado, valendo também para as contravenções penais e medidas de segurança.

**Princípio da Legalidade Mais:**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**1º Não há crime ou pena sem lei (lei ordinária excepcionalmente lei complementar) -**

**Pergunta: Medida Provisória pode versar sobre direito penal?**

O P. Da legalidade exige lei na criação de crime. Med. Provisória não é lei, mas ato do executivo com força normativa, **conclusão não pode versar por direito penal incriminador.**

**Pode versar sobre direito penal não incriminador?**

**1C** a CF88 com a emenda constitucional 32/01, proíbe medida provisória versando sobre direito penal.

**2C A CF88, ao** proíbe med. Provisória versar sobre direito penal, alcança apenas o direito penal incriminador, **não proíbe versar sobre direito penal não incriminador. Ex. Causas de extinção de punibilidade.**

**A posição do STF é que trabalha com a possibilidade a favor do réu, assim o STF diz que pode norma penal não incriminador, mas a CF diz que não. SIM segundo o STF.**

**2º) Não há crime/Pena sem lei anterior.**

P. da Anterioridade (Proíbe a retroatividade maléfica), a retroatividade benéfica é uma garantia constitucional do cidadão.

**3º) Não há crime ou pena sem lei escrita**

Proíbe o costume incriminador.

**Cuidado:** O costume interpretativo é admitido.

**4º) Não há crime/pena sem lei estrita.**

Proíbe a utilização da analogia incriminadora.

**Cuidado: A analogia in bonam partem é perfeitamente possível.**

**Obs.: a 2ª T do STF declarou à atipicidade da conduta de ligação clandestina de TV a cabo. Reputou-se que o objeto do aludido crime, não seria "Energia", caracterizando analogia em malam partem.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**5º) Não há crime sem lei certa –** P. Da taxatividade (exige dos tipos penais clareza), cuidado o legislador não deve deixar margens de dúvidas.

**6º) Não há crime ou pena sem lei necessária –** desdobramento lógico do P. Da Intervenção mínima.

O P. Da Legalidade como ponto basilar do garantismo negativo.

**Configuram desdobramento do princípio da reserva legal:**

**- Lex praevia; Lex stricta; Lex scripta; Lex certa.**

**Lei Penal Espécies**

**1. Completa –** dispensa complemento normativo (dado por outra norma) ou valorativo (dado pelo juiz), ex. Art.121 do CPB, matar alguém.

**2. Lei Penal Incompleta –** Depende de completo normativo ou valorativo.

**2.1 Norma Penal em Branco (Norma Cega) –** Depende de complemento normativo, ex. Norma A sendo complementada pela Norma B.

Norma Penal em Branco é aquela cujo preceito primário (descrição da conduta) é indeterminado quanto ao seu conteúdo, porém determinável.

**2.1.1 Normal Penal em Branco Própria –** Em sentido estrito ou heterogênea, o complemento normativo não emana do legislador.

Lei A complementada por uma espécie diferente da Lei. ex. Lei de droga.

**2.1.2 Normal Penal em Branco Imprópria –** Em sentido amplo ou homogênea, aqui o complemento normativo emana do legislador, ex. Lei A complementada por outra lei.

Esta espécie de norma penal em branco se divide em duas:

**N.P.B.I homovitelina** ou **homologa** (o complemento legislativo, emana da mesma instância legislativo, ex. CP complementado pelo CP, art. 312 e 327) e **heterovitelina** ou **heteróloga** (o complemento emana de outra instância legislativo, ex. CP complementado pelo CC, art. 237 CP e Código civil).

**2.1.3 N.P.B AO REVÉS OU INVERSA OU AO AVESSO**

| NPB | NPB ao revés |
|---|---|
| Preceito primário incompleto e preceito secundário completo | Preceito primário completo e preceito secundário (Pena) incompleto |

**A** lei penal em branco inversa aquela em que o preceito primário é completo, mas o secundário reclama complementação. Atenção o complemento só pode ser dado por uma lei em sentido estrito, sob pena de violação do princípio da reserva legal. Ex. Lei de genocídio.

**2.2 Tipo Aberto –** depende complemento valorativo, ex: Tipos culposos.

**Pergunta de concurso: NPB própria ou em sentido estrito** (lei complementado por outra instância, ex. portaria) **viola o P. Da legalidade?**

Não há ofensa ao p. Da legalidade, pois o legislador criou os requisitos básicos dos delitos. O que a autoridade administrativa pode fazer é explicitar um dos requisitos típicos. STF.

**2.3 Princípio da Alteridade ou Ofensividade ou lesividade**

Para que ocorra o delito é imprescindível à efetiva lesão ao bem Jurídico Tutelado de terceiro, este princípio explica o conceito **Material do** crime.

> Não pune a auto lesão, a depender se a intenção não for causar uma fraude, neste caso, violara direito protegido de terceiro.

O princípio da lesividade (ou ofensividade) proíbe a incriminação de uma atitude interna. Por força do princípio da lesividade não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal.

**Os crimes de perigo abstrato foram recepcionados pela CF 88?**

Lembrar:

* Crime de Perigo abstrato – O perigo resultado da conduta é absolutamente presumido por lei;

* Crime de Perigo Concreto – O perigo da conduta deve ser comprovado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O crime de Perigo abstrato é uma opção legítima do legislador na tutela antecipada de bens jurídicos relevantes. **O STF adotou esta quando decidiu ser crime condução embriagada de veículo automotor sem gerar perigo concreto.**

**P. da Adequação Social**

Prega que uma conduta, ainda quando tipificada em lei como crime, quando não afrontar o sentimento social de justiça, não seria crime, em sentido material, por possuir adequação social (aceitação pela sociedade). Ex: Adultério.

**3. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM A AGENTE DO FATO.**

**3.1 Princípio Da responsabilidade Pessoal**

Proíbe-se o cumprimento da penal pelo outrem (Não existe responsabilidade penal coletiva).

**3.2 P. Da responsabilidade Subjetiva.**

Só tem sentido castigar fatos desejados ou previsíveis (não existe responsabilidade penal objetiva, sem dolo ou culpa).

**Pergunta: Duas exceções em que o CPB, admite responsabilidade objetiva no nosso ordenamento penal?**

1ª Embriagues não acidental completa;

2ª Rixa qualificada.

**3.3 P. Da culpabilidade**

O Estado só pode punir agente imputável com potencial consciência da Ilicitude, quando dele exigível conduta diversa.

**3.4 P. Da Igualdade ou Isonomia.**

Todos são iguais perante a lei, atenção à igualdade é **material** e não **formal**, sendo possível distinções justificadas.

A 1ª Turma do STF ao aplicar o princípio da isonomia concedeu HC em favor de cidadão paraguaio, irregular, substituindo a privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**3.5 P. Da Presunção de Inocência ou não Culpa.**

**"**Ninguém será presumido culpado" - presunção de não culpa, esta nomenclatura é mais coerente com o sistema de prisões de pessoas. A convenção de direitos humanos não deixa dúvidas e diz que toda pessoa acusada deve ser presumida inocente, esta fala em presunção de inocência, por esta dupla defesa o Brasil adotou a presunção de inocência (Pacto de San José) ou de não culpa(CF).

**Deste princípio, decorrem 3 conclusões.**

1) Prisão provisória só será admitida quando imprescindível;

2) Cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar a sua inocência.

3) A condenação deve deriva da certeza do julgador (in dubio pro reo).

IP não pode ser considerado maus antecedentes.

Regressão do regime de cumprimento de pena não é necessário condenação, basta novo crime doloso ou falta grave.

Sursi processual para perder não há necessidade de trânsito em julgado

**4. PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM A PENA**

**4.1 P. Da Proibição da Pena Indigna;**

**4.2 P. Da Humanização das Penas;**

Os dois são desdobramentos do P. Da dignidade da Pessoa Humana, art. 5º §I,

II.

São proibidas as penas:

-morte, salvo guerra declarada;

- caráter perpétuo;

- Banimento;

- trabalhos forçados;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- cruéis.

É cláusula pétrea, não podendo ser abolido, é direito fundamental do indivíduo.

**4.3 P. Da Proporcionalidade**

Desdobramento lógico do princípio da Individualização da Pena, a pena deve ser proporcional à gravidade da infração penal. Tem que ser analisado sob o ângulo de evitar excesso (hipertrofia da punição) isto é **chamado garantismo negativo** e o outro é evitar a insuficiente intervenção estatal isto é **chamado de garantismo positivo** (Impunidade).

**4.5 P. Da Vedação do "Bis in Idem".**

Possui 3 significados:

1º Processual: ninguém pode ser processado 2 vezes pelo mesmo crime.

2º Material: Ninguém pode ser condenado pela segunda vez em razão do mesmo fato.

3º Execucional: Ninguém pode ser executado 2 por condenações relacionados com o mesmo fato.

O princípio trabalhado esta no Estatuto de Roma, mas não na CF.

**Pergunta: Processo A em razão do roubo x março de 2009 e processo B pelo mesmo fato este foi denunciando em abril de 2009, porém o último condenou primeiro por 4 anos e o outro condenou depois com pena de 5 e agora?**

1ªC em face do caráter normativo concreto das 2 coisas julgadas, dever-se-ia aplicar no âmbito do processo penal aquela mais benéfica ao réu (STF Luiz Fux).

2ªC a ação instaurada posteriormente jamais poderia ter existido. Apenas a 1ª tem validade no mundo jurídico independentemente da pena cominada em ambos os processos (STF Marco Aurélio), prevalecendo esta, pois litispendência é causa de anulação.

**P. da Individualização da pena**

A individualização se em 3 momentos: Legislativo, judicial e administrativo.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Legislativo: se dá através da cominação de punições proporcionais à gravidade dos crimes, e com o estabelecimento de penas mínimas e máximas.

- Judicial: é feita com base na análise do juiz das circunstâncias do crime, dos antecedentes do réu etc. Tudo para que seja mais apropriada ao réu de forma a cumprir o papel ressocializador, educativo e punitivo.

- Administrativa: é feita na execução da pena, questões de progressão de regime, concessões de saídas e etc.

O STF declarou inconstitucional o dispositivo que dizia que nos crimes hediondos era vedado a progressão e inicial obrigatório em regime fechado, inconstitucionalidade com base na supressão da 3 fase da individualização da pena.

Outra norma que traz o P. é a que a pena será cumprida em estabelecimento distinto, de acordo com o delito, idade e sexo.

**P. da Intranscendência da pena ou personificação ou responsabilidade pessoal**

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, salvo nos casos de reparação dos danos, porquanto neste caso a reparação poderá ser feita pelos seus sucessores se o condenado tiver deixado dinheiro aos sucessores.

**Cuidado** a multa não é obrigada que os sucessores a paguem, pois a multa é espécie de pena, portanto, não pode ser executado em face dos herdeiros, com a morte extinta estará a pena de multa, o que os herdeiros têm que pagar é a **reparação do dano.**

**Vedações Constitucionais**

Vedações que são aplicáveis a alguns crimes:

| IMPRESCITIBILIDADE | INAFIANÇABILIDADE | VEDAÇÃO GRAÇA E ANISTIA |
|---|---|---|
| Racismo<br>Ação de Grupos armados | Racismo<br>Ação de Grupos armados<br>Tortura | Tortura<br>Tráfico de Drogas<br>Terrorismo |

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

| | | |
|---|---|---|
| | Tráfico de Drogas<br>Terrorismo<br>Hediondos | Hediondos |

Assim:

- Inafiançável: **Todos**

- Imprescritibilidade – somente Ração (Racismo + Ação de grupos).

- Insuscetível Graça e Anistia – 3TH (Tortura, terrorismo, tráfico e hediondos).

**Tribunal do Júri**

A CF reconhece ao Tribunal do Júri:

- Plenitude de Defesa;

- Sigilo das votações;

- soberania dos veredictos;

- a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Crimes dolosos contra a vida são: Homicídio, infanticídio, aborto, instigação ao suicídio, nas modalidades tentada e consumada.

O choque entre a competência do Júri e prerrogativa de função prevista na CF prevalece à última. EX: Deputado federal Mata sua esposa, não responde pelo tribunal do júri e sim pelo STF.

**Menoridade Penal**

Os menores de 18 são inimputáveis e os menores de 12 além não podem ser privados de sua liberdade.

**Princípio da Coculpabilidade**

A **Teoria da Coculpabilidade** foi desenvolvida **Eugenio Raúl Zaffaroni.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Zaffaroni partiu da ideia de que "**na vida nem todas as pessoas tiveram e não tem as mesmas oportunidades"**. As pessoas crescem com tratamento desigual, isso é obvio. Oportunidade de Educação, cultura, lazer, afeto, família e etc.

A coculpabilidade Essa palavra vem de Concorrência de Culpabilidades.

Essas pessoas Excluídas, abandonadas pela Família, pela Sociedade, pelo Estado. Para estas pessoas o caminho do crime é muito mais sedutor, convidativo. Essas pessoas são culpáveis, mas não só elas também são culpável a família, a sociedade, o Estado, eles também são culpados, pois viraram as costas, foram inertes, ... quantos miseráveis não roubam diariamente? É diferente de um juiz, promotor, medico roubar.

No Brasil, essa teoria não tem previsão legal, mas pode ser adotada como uma atenuante genérica inominada (art. 66 CP) (essas duas perguntas tão caindo muito). Assim, ela é benéfica para o Réu.

APROFUNDANDO:· **Coculpabilidade às Avessas:**

Não se trata de criação do Zaffaroni. Isso foi desenvolvido no Brasil.

**Quais as duas perspectivas fundamentais da coculpabilidade às avessas?** (pergunta feita pelo MP-MG)

É a **Seletividade e a Vulnerabilidade** do Direito Penal.

**Essa primeira perspectiva vai dizer que o direito penal é discriminatório**, **preconceituoso**. Ele seleciona justamente as pessoas mais fracas, mais vulneráveis são selecionadas como alvo do Direito Penal. A DPE surgiu para combater essa mazela.

**A segunda perspectiva é**: **A maior reprovação para as pessoas dotadas de elevado poder econômico**. A pessoa dotada de elevado poder econômico e que abusa deste poder para a prática de crimes deve ser rigorosamente punida.

Foi isso que o Joaquim Barbosa fez no julgamento do Mensalão.

**Duas perguntas novas ainda podem aparecer sobre isso:**

A **coculpabilidade** é uma **atenuante genérica inominada**. E a **coculpabilidade às avessas** pode ser usada como **agravante genérica**?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**Não**. Não pode por ausência de previsão genérica. Se isso fosse feito seria uma analogia **"*in malam partem*".**

Se não pode ser usada como agravante genérica, como será usada?

Será utilizada como uma **circunstancia judicial desfavorável** (art. 59, caput CP) na dosimetria da pena base.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou o estudo de vários princípios que serão parte importante no cotidiano do estudante e profissional da área do Direito Penal, facilitando assim sua lide, visando sempre o aprimoramento e evolução do Direito Penal Brasileiro.

## 6. AGREDECIMENTO

Venho mui respeitosamente agradecer ao professor Rogério Sanches que sempre transmite seu conhecimento de forma simples e enriquecedora.

## 7. REFERÊNCIAS

- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, 5. Ed. Bahia, 2013, vol. Único.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). Salvador, JusPODIVM, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Coordenador. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal. v. 2. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# O RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

**LÁZARA CRISTINA GONÇALVES TAVARES DE SOUZA:** Pós- Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Estagiária de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

**RESUMO**: O presente trabalho tem como objetivo realizar uma abordagem acerca do recurso extraordinário como instrumento de controle objetivo de constitucionalidade, trazendo conceitos de relevante importância sobre a evolução do papel do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro, o contexto social e as mudanças legislativas e jurisprudenciais que levaram o recurso extraordinário deixar de ser instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

**Palavras-chave**: Recurso Extraordinário. Controle de constitucionalidade concentrado. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT**: This paper aims to approach the extraordinary appeal as an instrument of constitutionality control, bringing important concepts on the evolution of the role of the Federal Supreme Court in the Brazilian legal system, the social context and the legislative and jurisprudential changes. sthat led or extraordinary appeal leave the diffuse control instrument of constitutionality.

**Keywords**: Extraordinary Appeal. Concentrated constitutionality control. Federal Court of Justice.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. 3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUALIDADE: CORTE CONSTITUCIONAL E ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO. 4.RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS

## 1.INTRODUÇÃO

O Recurso Extraordinário, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro inspirado no *writ of error* norte-americano e previsto na Constituição de 1891 que estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando em face da Constituição ou das leis Federais, e a decisão do Tribunal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, a e b). Ocorre que, ao adotar esse sistema não se atentou o constituinte de 1891, e nem os posteriores, para outro aspecto do *writ of error*, que é a força vinculante dos precedentes da Corte constitucional- a doutrina do *stare decisis*, forma de equilibrar o sistema constitucional americano, ao passo que a Corte suprema ao declarar uma norma constitucional, ainda que em controle difuso, torna essa decisão precedente vinculante para os demais órgãos (ZAVASCKI, 2012).

Esse fator culminou no excesso de demandas similares, então, houve por bem racionalizar o sistema de controle de constitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário, com a criação de mecanismos que ao mesmo tempo impedissem o exacerbado número de recursos idênticos, e ampliassem os efeitos para alcançar a situações similares, em nítida consagração aos princípios da segurança jurídica, da igualdade, da duração razoável do processo, além de definir o papel do Supremo Tribunal Federal, como órgão institucional incumbido de interpretar e aplicar a Constituição Federal. Ressaltou-se, com isso, também, o caráter eminentemente político das decisões do Supremo. O Recurso Extraordinário, previsto posteriormente em todas as constituições brasileiras, sofreu substancial mudança, transformando os seus efeitos, típicos do controle incidental, em controle abstrato de constitucionalidade. Essa transformação foi acelerada com as reformas do Código de Processo Civil de 1973, ocorridas a partir de 1994 e posteriormente com a Emenda Constitucional número 45 de 2004, que introduziu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário e, por fim, a introdução do Código de Processo Civil de 2015 sedimentou o tema. Assim, o Recurso Extraordinário deixou para trás a antiga concepção de recurso de interesse particular das partes em conflito, para tornar-se instrumento de controle abstrato.

## 2.JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Jurisdição Constitucional no Brasil, nas lúcidas palavras de Gilmar Mendes "pode ser hoje caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro – o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular .Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental[1].

Fernando Machado da Silva lima conceitua jurisdição constitucional como "a atividade pela qual o Estado, através de seus órgãos, conforme previsão constitucional, interpreta a Constituição e, consequentemente, anulou deixa de aplicar ao caso concreto- todo e qualquer ato normativo infraconstitucional que com ela conflite. O objetivo fundamental da jurisdição constitucional é a efetividade da Constituição e ela desempenha as suas atribuições, no Brasil, através do controle difuso e do concentrado, utilizando os inúmeros dispositivos constitucionais previstos" (LIMA, 2005, p. 20). Sobre a jurisdição constitucional vaticina Gilmar Mendes[2]:

> A jurisdição constitucional dos diferentes países é caracterizada por modelos híbridos, constituídos de forma criativa de acordo com a heterogeneidade cultural de que caracteriza a região. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é exemplo dessa heterogeneidade e da contínua evolução por que têm passado os diferentes sistemas de jurisdição constitucional pelo mundo.

Assim, observadas as normas de distribuição das competências, todos os juízes estão habilitados a apreciar alegações dessa natureza, conferindo a necessária tutela jurisdicional, nas hipóteses em que, concretamente estejam ameaçados ou violados os direitos individuais e coletivos constitucionalmente assegurados. O poder-dever de controle de constitucionalidade assim conferido aos órgãos jurisdicionais envolve a possibilidade de apreciação de qualquer que seja o ato ou omissão inconstitucional, qualquer que seja o agente infrator (ZAVASCKI, 2012, p. 15).

## 3.O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUALIDADE: CORTE CONSTITUCIONAL E ÓRGÃO DE CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO

O Supremo Tribunal Federal, na jurisdição constitucional tem papel de suma importância. Conforme o artigo 102 da Carta Magna a ele compete "precipuamente a guarda da Constituição". Desde sua criação em 1890, quando inauguradas as instituições republicanas no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha variado nas Constituições o rol de competências, em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, e detentor na última palavra em questão constitucional. Não é diferente na Constituição de 1988, conforme se pode verificar no rol das competências estabelecidas no artigo 102, nos dizeres do insigne Tori Abino Zavascki (2012, p. 16):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Há um conjunto de atribuições especificamente relacionadas com a jurisdição constitucional: (a) no âmbito da competência originária, as ações de controle de constitucionalidade da atuação legislativa (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (b) na competência recursal, o recurso extraordinário, cabível quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar validada lei ou ato local contestado em face da Constituição. É também tipicamente de jurisdição constitucional a competência prevista no artigo 35, III, da CF/88 para julgar a representação do Ministério Público com fins de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, em caso de não observância dos princípios constitucionais referidos no art. 34, VII, da CF/1988 (forma republicana, sistema representativo, regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino). Na apreciação dessas questões o Supremo Tribunal Federal aprecia, necessariamente, questões de índole constitucional (...).

O que se observa, nessa esteira, é que o Supremo Tribunal Federal ocupa a posição mais importante no sistema de controle de constitucionalidade, porquanto suas decisões, seja no julgamento do caso concreto ou no julgamento em processo abstrato de normas, ostentam a forçada definitividade em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Com a redemocratização do Estado brasileiro e a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve o seu papel institucional ampliado, como bem salientou o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, ao afirmar em discurso no plenário da Corte em 19 de setembro de 1988 que:

> (...)para alcançar essa realização concreta do projeto de uma sociedade mais democrática e mais justa, poucos textos constitucionais terão confiado tanto no Poder Judiciário e nele, de modo singular, no Supremo Tribunal Federal" (COSTA, 2001, p.188)

A Constituição de 1988, ao ampliar as atribuições do Supremo, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade, aumentou a sua importância e responsabilidade na tarefa de sua realização institucional.

É interessante observar que, com o advento da constituição de 1988 e a consequente criação do Superior Tribunal de Justiça, almejou-se repassar a este algumas competências que antes estavam a cargo do Supremo, com o fito de otimizar a jurisdição constitucional. Não obstante, o Supremo Tribunal ainda cumula as duas posições mencionadas. Muito embora o Supremo seja uma Corte Constitucional, de acordo com os dados do Supremo em Números[3]0,51% dos processos distribuídos ao STF envolvem sua atuação como Corte Constitucional; 7,80% como Corte Ordinária; e 91,69% como Corte recursal. Os dados informam uma certa crise no sistema idealizado para o Supremo Tribunal Federal, sendo esse um dos motivos que está transformando o Recurso Extraordinário em controle abstrato, como forma de limitar a competência recursal do Supremo.

Em razão dessa cumulação de funções, Paulo Bonavides afirma que o Supremo Tribunal não é uma Corte Constitucional, e assim verbera "o Supremo Tribunal Federal, não sendo aliás Corte Constitucional propriamente dita, é, todavia, órgão de um dos Poderes da soberania formalmente incumbido de guardar a Lei Magna; esta, em rigor, sua função mais nobre e superior, que deveria ser exclusiva e não o é, contudo, por erro do constituinte originário".

O que se observa, na pragmática, é a valorização cada vez mais acentuada dos precedentes do Supremo, em sede de Recurso Extraordinário, que apesar de não ter efeitos erga omnes e vinculantes como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), passam a ser utilizados como referência para se interpretar a Constituição Federal.

Nesse raciocínio insta trazer à baila a Emenda Constitucional número 45 de 2004, que instituiu a súmula vinculante, a referida emenda inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal, e estabelece que "o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O instituto da Súmula Vinculante confere maior efetividade ao princípio da celeridade e da economia processual, tendo em vista que agiliza e aperfeiçoa a prestação jurisdicional, evitando-se, assim que aos juízes singulares e demais tribunais, e ao próprio Supremo Tribunal Federal, o trabalho de reanalisar lides cujo direito discutido são muito similares e cujas soluções já foram objeto de apreciadas pelo Supremo.

Com relação ao Recurso Extraordinário, a EC 45/2004 que incluiu exigência de repercussão geral como requisito de admissibilidade, além de 30 racionalizar o tempo do Supremo, que deixa de se dedicar a questões cuja relevância não ultrapassem o interesse subjetivo das partes, afasta a ideia de ser o Supremo Tribunal Federal uma Corte de Revisão, ao menos com relação a este Recurso Excepcional.

Com isso o Supremo Tribunal Federal tem aproximado, e muito, com o sistema do *stare decisis*, trazendo para o Poder Judiciário um sistema misto, criando certas vinculações aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nomeadamente em sede de Recurso Extraordinário. Ademais, o aumento do número de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade; o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade, da arguição por descumprimento de preceito fundamental e da súmula vinculante, serviram para ampliar a valorização dos precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal.

Conquanto a forte tendência nesse sentido, não se tem no ordenamento jurídico brasileiro um tribunal constitucional, que seja superior aos demais poderes, como por exemplo a Alemanha e a Áustria, mas ao contrário um Poder Judiciário que está no mesmo patamar do Executivo e do Legislativo, ainda que seja o guardião da Constituição. Nos dizeres do ilustre Luiz Roberto Barroso:

> "a uma questão delicada associada à expansão do papel do Supremo Tribunal Federal: sua relação com a opinião pública. Todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Um tribunal digno desse nome não pode decidir pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior. Faz parte da sabedoria política

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> universal que tentar agradar a todos é o caminho certo para o fracasso. Semcair nessa armadilha, o STF tem servido bem à democracia brasileira e merece o reconhecimento da sociedade"[4]

Gilmar Mendes[5], alerta que "não devemos, porém, cair na tentação da onipotência e da onipresença desta Corte em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo o Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, como obstáculos intransponíveis à deliberação política".

## 4.RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Recurso Extraordinário foi inspirado no *writ of error* do direito norte americano criado pelo *judiciary act*, de 24 de setembro de 1.789 que visava preservar a supremacia da Constituição e das Leis Federais, em suas aplicações pelos Tribunais dos Estados.

O Decreto n. 848, de 11-10-1890, antes mesmo de promulgada a Constituição de 1891, já trazia em seu artigo 9º a previsão desse recurso, cujo nome — extraordinário — seria posteriormente consagrado pela Lei n. 221, de 1894. Segundo o mencionado decreto, o recurso era cabível nos casos de violação de lei federal, de tratados e de atos emanados de autoridades federais; nos casos de confronto entre leis locais e a Constituição Federal; e, ainda, nos casos de polêmica quanto à interpretação de lei federal ou de dispositivo da Constituição Federal[6].

Conforme dito alhures ao Supremo Tribunal Federal mantêm a função precípua de guardião da Constituição Federal, competindo-lhe preservar e interpretar as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do Controle difuso de constitucionalidade, despontam como paradigmáticas, devendo ser seguidas pelos demais tribunais da federação (DIDIER, 2008, p. 313).

É interessante observar que a análise de constitucionalidade de uma norma, em sede de controle difuso, necessariamente, é feita em tese, tendo em vista que o ordenamento jurídico é objetivo, abstrato e tem por finalidade regular uma gama indeterminada de situações jurídicas.

Nesse raciocínio, o Supremo declarar a inconstitucionalidade de uma lei, no caso concreto, passa a orientar o tribunal em situações semelhantes, porquanto não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

haver lógica em declarar a norma inconstitucional para um determinado caso e constitucional para outro caso similar, em confronto com os princípios da igualdade e da segurança jurídica. Ademais declarada a inconstitucionalidade de uma norma pelo Supremo, imediatamente essa norma deixa de ser, suficientemente idônea para incidir sobre outras situações jurídicas.

Nesse sentido verberava o ilustre Hans Kelsen que "a afirmação de que uma lei válida é contrária à Constituição é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição (KELSEN,1985, p. 300).

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes (DIDIER, 2008, p. 333).

Uma das razões que tem levado a esse entendimento, é o número excessivo de recursos similares. O aumento de Recursos Extraordinários se deu, principalmente, pelo aumento da complexidade das relações sociais, notadamente após a Constituição de 1988, época em que o país deixou para trás um longo período de ditadura militar. A economia foi aberta ao mercado estrangeiro e inúmeras empresas estatais foram privatizadas. Verificou-se um significativo avanço cultural. A sociedade passou por um intenso processo de "massificação", erigindo, desse contexto, os interesses difusos, coletivos e das minorias. Essas transformações impactaram soberanamente as estruturas e a realidade vivenciada pelo Poder Judiciário. Era necessário fazer frente a esse novo cenário democrático, de exigência de maior participação da sociedade nas instituições, de maior abertura econômica e de aumento das relações sociais.

Acrescente-se o fato de que a Constituição Federal de 1988, intitulada de prolixa por Paulo Bonavides, erigiu ao status constitucional questões que antes pertenciam ao âmbito infraconstitucional (BONAVIDES, 2011, p.91).

Insta trazer à baila a lição de Gilmar Ferreira Mendes, citado por Fredie Didier Jr.(2008, p. 333/334), esposada no Processo Administrativo n. 3180.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, publicada no Diário de Justiça da 17.12.2003:

> O recurso extraordinário "deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (verfassungsbeschwerde). (...)
>
> A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazidas à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos das partes.

Essa orientação é repetida em decisão monocrática pronunciada no recurso extraordinário 519.394/ PB[7] , relatado pelo Ministro Gilmar Mendes. Desdobrando a ideia aventada no recurso extraordinário 376.852/SC[8], a Ministra Ellen Gracie dispensou o cumprimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário sob o argumento de que "em recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário, na jurisdição constitucional, está em processo de redefinição, de tal sorte a conferir maior efetividade às decisões da Corte, atribuindo ao recurso extraordinário caráter objetivo, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional".

No caso, o Supremo Tribunal Federal já havia apreciado, em sede de recurso extraordinário, um caso concreto idêntico ao que vinha sendo discutido nos autos do Agravo de Instrumento número 375.011/ RS. Assim o requisito do prequestionamento implicaria admitir disparidade de tratamento de situação idêntica em patente sacrifício ao postulado da igualdade. No relatório a Ministra assentou: "Lembro que estamos a tratar de um lide envolvendo inúmeros servidores do Município de Porto Alegre e causa espécie a possibilidade de alguns deles saírem vitoriosos, a despeito da inconstitucionalidade das leis municipais nas quais basearam sua pretensão. Isso porque estaríamos diante de uma situação anti-isonômica , em que entre dois funcionários que trabalhem lado a lado e exerçam iguais atribuições, exista diferença de vencimento, pelo fato de um deles restar vencedor na sua demanda, em virtude da falta de prequestionamento da matéria suscitada no Recurso Extraordinário da municipalidade, enquanto outro, em cujo processo estava atendido tal requisito do apelo extremo, aplicou-se orientação do Supremo Tribunal Federal e rejeitou-se a sua pretensão".

No julgamento do recurso extraordinário nº 298.694/ SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal altero a antiga orientação concernente ao juízo de admissibilidade e de mérito do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

recurso extraordinário interposto pela alínea "a" do inciso III, do art. 102 da Constituição Federal, reconheceu a possibilidade de julgar com base em fundamento diverso em que se baseou o Tribunal a quo. Nesse julgado, o Ministro Carlos Ayres Britto reforçou que "Nada na Constituição, nada na lógica jurídica autoriza a inaplicabilidade *do iure novit curia* às decisões da Casa, em sede de recurso extraordinário. Não é a extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria"[9].

O Ministro Cezar Peluso, igualmente, esposa entendimento, segundo o qual "diante do dever da Corte de velar pela inteireza da Constituição, não é admissível que o Supremo seja impedido de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob o prosaico argumento de que não teria sido invocada nas razões ou nas contrarrazões do recurso extraordinário"[10]. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal não está vinculado à fundamentação levantada pelas partes para fim de conhecimento ou não do Recurso Extraordinário, porquanto esse recurso excepcional constitui canal de controle de constitucionalidade, de tal arte que o Supremo Tribunal Federal pode admiti-lo entendendo relevante a questão debatida por fundamento constitucional diverso daquele alvitrado pela parte recorrente. Esse entendimento no que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade há muito se faz presente e sedimentado na jurisprudência do Supremo.

Nessa ordem de ideias, é interessante observar que a Emenda Constitucional número 45 de 2004, acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, prescreve o referido dispositivo o ônus do recorrente de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso. Insta constar, por oportuno, que a competência para julgamento do Recurso Extraordinário é de competência doas turmas do Supremo, mas a análise dessa questão preliminar deve ser feita pelo Pleno, a quem devem ser remetidos os autos (DIDIER, 2008, p. 320).

Recentemente o Supremo Tribunal Federal sedimentou o tema, ao julgar a ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, em 27/11/2017, proclamou a adoção da teoria da abstrativização, do controle difuso no âmbito daquela corte, senão vejamos:

> "Se uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional pelo STF, incidentalmente, ou seja, em sede de controle difuso, essa decisão, assim como acontece no controle abstrato, também produz eficácia erga omnes e efeitos vinculantes. O STF passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso. Assim, se o Plenário do STF

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante. Houve mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. A nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e erga omnes e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. Houve mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. A nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e erga omnes e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886).

O Novo Código de Processo Civil, além de regulamentar o regime de repercussão geral no recurso extraordinário, no artigo 1.035, criou um microssistema de causas repetitivas, visando principalmente ampliar a uniformização da jurisprudência, limitando a subida de recursos tratando de casos similares com a criação de teses jurídicas a serem aplicadas pelos tribunais.

## 5.CONCLUSÕES

Do presente estudo se infere que o Direito é fruto das relações sociais e, por isso, deve se adequar às necessidades da sociedade e acompanhá-la em todas as suas vicissitudes. Nesse pensar, é de se observar que a sociedade brasileira passou por inúmeras mudanças após a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista que o país deixou para trás um longo período de ditadura militar para adquirir feições democráticas. A economia foi aberta às importações e aos investimentos estrangeiros e inúmeras empresas estatais foram privatizadas. Verificou-se um considerável avanço da complexidade das relações estabelecidas entre os indivíduos.

Assim a sociedade passou por um intenso processo de "massificação" das relações jurídicas, exigindo a defesa dos direitos das minorias e dos interesses difusos e coletivos. Nesse contexto, o Poder Judiciário ganha, cada dia mais, papel de destaque no âmbito do Estado. Atribui-se, esse papel de relevo, à inércia do Poder Legislativo e à crise do sistema representativo no Brasil. Esse fato reflete diretamente no alcance da tutela jurisdicional constitucional, nomeadamente no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

controle de constitucionalidade difuso, que hodiernamente, tem sido submetido a várias mudanças, principalmente, com relação aos seus efeitos. O peculiar sistema brasileiro de controle de constitucionalidade definido como sistema eclético ou misto, coexistindo o controle difuso e concentrado, tido como um dos mais completos no sentido de assegurar a vigência da Constituição. Essa constatação, com efeito, nos conduz na aproximação de sistemas jurídicos que até então eram compreendidos como, tradicionalmente, antagônicos. Conforme explicitado no escorço histórico do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, o controle difuso no sistema brasileiro foi inspirado no sistema norte- americano. Ocorre que, não se atentou à época para as diferenças existentes nos sistema, agregando o fato de o Direito norte-americano o princípio do "stare decisis", que atribui efeito vinculante às decisões da Suprema Corte, ainda que em controle difuso.

Nesse pensar, o Supremo Tribunal Federal, por vários fatores explicitados, no âmbito do controle difuso, tem atribuído efeitos típicos do controle abstrato, nomeadamente no âmbito do Recurso Extraordinário, com a finalidade, precípua, de atribuir efeito igualitário à imensa quantidade de recursos excepcionais que chegam ao Supremo Tribunal Federal.

Sob os fundamentos teóricos lançados inicialmente, erigiu-se o tema central do presente estudo, qual seja, o Recurso Extraordinário como instrumento de controle abstrato. Nele foi possível aplicar e condensar as conclusões desenvolvidas anteriormente, demonstrando aspectos nucleares que tangem diretamente o fenômeno.

Restou explicitado, que o Supremo, em sede de recurso extraordinário, analisa a norma in abstrato, julgando-a constitucional, ou não. Logo, essa norma passa a não ter legitimidade para incidir em relações jurídicas, porquanto o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, detêm a última palavra em sede de controle de constitucionalidade. Ademais, por razões lógicas, a norma declarada como inconstitucional em um caso concreto, não pode ser constitucional em outro caso similar, sob pena de sacrificar o princípio da igualdade.

Há de considerar, ainda, que ao atribuir efeitos próprios do controle abstrato ao Recurso Extraordinário, está- se, na verdade, racionalizando, o sistema de controle de constitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário, tendo em vista que, a partir do momento em que o Supremo decide pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma, inevitavelmente aplicar-se- ia a outros casos semelhantes que tal norma haveria de incidir. Com isso, evita-se o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inconveniente dos recursos meramente protelatórios, em que as partes já sabem o resultado de antemão, mas recorrem somente para impedir a execução do feito.

**REFERÊNCIAS**

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Abstrativização do controle difuso**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f033ab37c30201f73f142449d037028d>. Acesso em: 16/12/2019

BARROSO. Luiz Roberto. A ascensão política do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/luis-roberto-barroso-a-ascensaopolitica-do-judiciario>. Acessado em 20/04/2013.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. STF entre seus papéis contramajoritários e representativos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>. Acessado em 15/04/2013.

BONAVIDES. Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade. p. 134. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acessado em 23/05/2013.

BONAVIDES, Paulo. As bases da democracia participativa. Disponível em <http://www.achegas.net/numero/vinteesete/p_bonavides_27.htm>. Acessado em: 08/10/2009.

BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao24.htm. Acessado em 13/04/2013.

BRASIL. Decreto n. 848, de 11-10-1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm>. Acessado em 13/04/2013.

BRASIL. Constituição de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acessado em 15/04/2013

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Constituição da República federativa dos Estados Unidos do Brasil. Constituição de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acessado em 15/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo. Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>. Acessado em 10/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <WWW.stf.jus.br/.../legislacaoRegimentoInterno/.../RISTF_Novembro_2012>. Acessado em 05/06/2013.

BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4º Edição. São Paulo. Saraiva.2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 21ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Emilia Viotti da. O supremo tribunal federal e a construção da cidadania. São Paulo: Ieje, 2001.

DIDIERJR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 6ª ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

FALCÃO, Joaquim; Pablo de Camargo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes, Supremo em Números, Fundação Getúlio Vargas, 2011.

VARGAS, Fundação Getúlio. Supremo em números. Disponível em <http://www.supremoemnumeros.com.br/relatórios>. Acessado em 15/05/2013.

HORBACH, Carlos Bastide. Memórias jurisprudenciais Ministro Pedro Lessa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/PedroLessa.pdf>. Acessado em 20/05/2013.

KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. [tradução João Baptista. Machado]. 8ª Edição. São Paulo. Editora Martins Fonstes. 2009. LIEBMAN, Enrico Tullio. Perspectivas do recurso extraordinário. Revista Forense, v. 85, jan. 1987.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LIMA, Fernando Machado da Silva. Jurisdição Constitucional e controle de poder: é efetiva a constituição brasileira?. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

MARINHO, Cláudia Gaspar Pompeo. Eficácia das normas de reprodução obrigatória no controle de constitucionalidade estadual. Artigo publicado em 21 de junho de 2012- http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,eficacia-dasnormas-de-reproducao-obrigatoria-no-controle-de-constitucionalidadeestadual,37618.html Acessado em 20/04/2013.

MARINONI, Luiz Guilherme, Daniel Mitidiero. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

---

[1] MENDES. Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão inconstitucional. Disponível em . Acessado em 04/05/2013

[2] BRASIL. STF. Informativo. Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. Disponível em. Acessado em 10/04/2012

[3] VARGAS, Fundação Getúlio. Supremo em números. Disponível em: <http://www.supremoemnumeros.com.br/relatórios> Acessado em 04/12/2019

[4] BARROSO. Luiz Roberto. A ascensão política do Poder Judiciário. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/justica/luis-roberto-barroso-a-ascensao-politica-do-judiciario/>. Acessado em 04/12/2019.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf> . Acessado em 04/12/2019.

[6] HORBACH, Carlos Bastide. Memórias jurisprudenciais Ministro Pedro Lessa. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/PedroLessa.pdf> . Acessado em 05/12/2019.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal/RE 519394 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 19/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal/AI 375011 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10- 2004 PP-00043 EMENT VOL-02170-02 PP-00362

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal/RE 298694, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ 23-04- 2004.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal/RE 298694, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ 23-04- 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# CONTROVÉRSIA JURÍDICA ACERCA DA COBRANÇA DE ICMS NAS TARIFAS TUST E TUDS NA CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA

**ABÍLIO DINIZ GUIMARÃES OLIVEIRA:**
Graduando do Curso Bacharelado em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Teresina-PI.

**RESUMO:** O presente artigo tem por designo analisar os fundamentos técnicos, jurídicos e controversos acerca da tributação do imposto de circulação de mercadoria e serviços incidente nas tarifas de transmissão e distribuição da energia elétrica no Brasil. Partindo desse prelúdio, de acordo com a metodologia utilizada do tipo pesquisa descritiva, bibliográfica desempenhado em doutrinas e jurisprudências mais recentes, ficou corroborado ao enfático permissivo da pesquisa, que a vertente demanda de ajuizamento de ações impugnadas utilizando o fundamento legal do ente estatal para a o delineamento da cobrança do imposto ICMS é bastante utilizado. Dessa forma, conforme a realização da pesquisa ficou norteada que esta temática de fundamento para o reconhecimento do termo jurídico da mercadora energia elétrica, pressupõe em sua indivisibilidade e assim a tributação em todas suas fases de produção até o consumidor final.

**Palavras-chave**: direito tributário, icms, energia elétrica.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the technical, legal and controversial foundations about the taxation of the circulation tax of goods and services on transmission and distribution tariffs of electric power in Brazil. From this prelude, according to the descriptive, bibliographic research methodology used in more recent doctrines and jurisprudences, it was corroborated to the emphatic permissive of the research, that the current demand for filing contested actions using the legal basis of the state entity for the ICMS tax collection is widely used. Thus, as the research was conducted, it was guided that this fundamental theme for the recognition of the legal term of the electric energy merchant, presupposes its indivisibility and thus taxation in all its production phases until the final consumer.

**Keywords:** tax law, icms, electricity.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Da Cobrança de Energia Elétrica no Brasil. 3 Definição Jurídica de Energia. 4 Síntese Técnica de Energia Elétrica. 5 Da cobrança de ICMS. 6 Sujeito Passivo do ICMS. 7 Fato Gerador nos termos da Lei Complementar 87/1996. 8 Análise Processual e Jurisprudencial. 9 Conclusão. 10 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A conta de energia elétrica é um problema atemporal nas finanças dos brasileiros. Independentemente da Companhia de energia, o recebimento da conta referente a esse gasto acompanha uma sensação de que o consumidor estar sendo lesado, como também a insatisfação em relação à frequente incidência de reajustes. Contudo, é cabível a discussão de que existem abusos na conta de energia e são diversos os posicionamentos na justiça em relação a esse tema.

O que pertence à ignorância pública é que a reversão dessa situação é possível, principalmente por ocorrer uma cobrança sem qualquer previsão legal ou constitucional, as tarifas TUSD e TUST, que são cobradas no preço final da conta do contribuinte, quais sejam: Tarifa de uso do sistema de transmissão de energia elétrica (TUST) e Tarifa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (TUSD); ambas embutidas na fatura de energia elétrica.

Com base nas doutrinas utilizadas bem como o estudo de jurisprudências, ficou claro o entendimento de que estas tarifas não são referentes aos serviços de fornecimento de energia elétrica, sendo uma forma abusiva de cobrar mais do consumidor, ora contribuinte de imposto, em virtude de uma imposição arbitrária destas tarifas na fatura em consonância com uma hipossuficiência técnica do cidadão brasileiro, que pode ser saneada a princípio por uma assessoria jurídica.

A cobrança de ICMS sobre energia elétrica encontra-se no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, e foi considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS pela Constituição Federal e, nos termos da Lei Complementar nº 87/96, a incidência ocorre na efetiva transferência de sua titularidade com a respectiva entrega definitiva ao seu destinatário.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de analisar o tema em algumas ocasiões e determinou ser ilegal a inclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS. Como principal fundamento dessas decisões do STJ é justamente o de que não existe previsão legal e constitucional para cobrança do ICMS neste serviço de transporte de energia.

Consoante ao entendimento do STJ, o Ministério Público já apresentou parecer no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo da Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica.

A partir deste estudo, percebeu-se a viabilidade da divisão de etapas do fornecimento de energia para fins de incidência do ICMS, pois conforme se mostra:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

há uma incidência de tarifas em cada etapa, que pode ser delineada para o fim de uma tributação diversa da outra.

Importante destacar que o fornecimento de energia elétrica inclui custos de geração, transmissão e distribuição, entretanto quando ocorrem às etapas de transmissão e distribuição ainda não foi efetuada a transferência de titularidade, ou seja: não ocorreu o fato gerador. Transferência esta indispensável para a incidência do ICMS, constituindo-se como atividade meio, que não poderá ensejar o que a obrigação recaia sobre o contribuinte, em virtude de estar o mesmo adimplido além da energia efetivamente consumida, o que enseja um pagamento em excesso.

Embora as taxas de distribuição e transmissão formem o conjunto de elementos essenciais, é possível o fracionamento das etapas que percorre a energia elétrica até chegar ao consumidor e o fato gerador do ICMS apenas ocorre no momento da transmissão de propriedade de mercadoria, comprova-se assim a controvérsia acerca da incidência das tarifas TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS, que pode ser objeto de ação judicial.

Diante do exposto, indaga-se por qual seja o amparo legal que o Estado fundamenta a base de cálculo referente à cobrança de ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição da energia elétrica diante do suntuoso ingresso judicial que se discute o supracitado mérito.

Em assim sendo, a presente pesquisa analisou a legalidade das ações judiciais que buscam uma reparação econômica a partir da redução destas taxas na base de cálculo do ICMS, através de um estudo técnico e jurídico de cada pressuposto.

## 2 DA COBRANÇA DA ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

A energia elétrica é considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS pela Constituição Federal, e nos termos da Lei Complementar nº 87/96, a incidência ocorre na efetiva transferência de sua titularidade com a respectiva entrega definitiva ao seu destinatário. Contudo, os negócios alheios e o custo relativo ao fornecimento da energia elétrica não podem compor a base de cálculo do tributo porque não integram o conceito de mercadoria nem lhe podem ser equiparados.

A transmissão e distribuição da energia são etapas na cadeia de fornecimento da mercadoria que é a energia elétrica em si. Mesmo que se entenda que são serviços acessórios e essenciais ao fornecimento de mercadoria, não se trata de serviço caracterizador do fato gerador do imposto estadual por absoluta falta de previsão legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Cumpre salientar que o fornecimento de energia elétrica se sujeita á incidência de um imposto estadual, denominado imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, municipal e de comunicação (ICMS).

Entretanto, o que os entes estatais têm feito é uma cobrança de ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e Tarifa do Uso do Sistema de Distribuição (TUSD), que se referem ao uso da rede básica de energia elétrica. (GOMES, 2017).

## 3 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE ENERGIA

Conforme a interpretação do texto de Carta Magna e da Lei Complementar 87 de 1996, refletida literalmente na legislação tributária do ICMS em cada Estado, a energia elétrica é considerada uma mercadoria. Nesse sentido, é possível observar:

> "Art. 2º O imposto incide sobre:
>
> § 1º O imposto incide também:
>
> (...)
>
> III – sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificante e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica (...)".

Importante informar que o direito considera a energia elétrica como bem móvel, conforme previsto no artigo 82, II, do Código Civil.

Desse modo, a partir da conclusão de que energia elétrica é considerada, para fins jurídicos uma mercadoria, passa-se a uma análise do procedimento realizado até que a mesma chegue à residência dos consumidores.

## 4 DA SÍNTESE TÉCNICA DE ENERGIA ELÉTRICA

Em conformidade com o entendimento da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL, 2019), a rede básica de energia elétrica, é construída por subestações de transmissão e outros equipamentos que operam em tensões médias, altas e muito altas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Após a produção de energia elétrica, essa se direciona para os municípios por meio de linhas e torres de transmissão de alta tensão. Essas mencionadas linhas e torres são visíveis nas estradas, que objetivam a condução de energia por longas distâncias.

No instante em que a energia elétrica chega às cidades, ocorre sua passagem por transformadores nas subestações, a fim de se reduzir a tensão, sendo este um procedimento técnico importante para sua posterior utilização pela rede de distribuição, esta, por sua vez, por meio de fios instalados nos postes, é responsável pelo transporte de energia até as ruas ou avenidas.

Momento anterior ao ingresso nas residências, à energia elétrica ainda se desloca pelos transformadores de distribuição que rebaixam a tensão para 127 ou 120 volts, adequando-se a sua utilização aos consumidores, ora contribuintes do tributo.

Diante disto, inconteste a viabilidade e a efetiva separação entre as fases do procedimento de fornecimento de energia elétrica, é o que se entende (BRASIL.GOV, 2014):

> "Antes da privatização do setor, no início dos anos 2000, as empresas eram verticalizadas e não havia separação dos negócios da cadeia produtiva (geração, transmissão e distribuição). Hoje independentes, as distribuições são o elo entre o setor elétrico e a sociedade: essas instalações recebem das companhias de transmissão a maior parte do suprimento de energia elétrica destinado ao abastecimento do país"

É cristalino afirmar que o entendimento de que o fato gerador do ICMS só pode ocorrer na efetiva entrega de energia ao consumidor, de modo que exigir o ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica, é fazer incidir o tributo sobre o fato gerador não previsto nas legislações supracitadas.

Inobstante, se entende que tal abusividade tributária viola frontalmente o princípio constitucional da reserva legal prevista no art.150, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.

Destaca-se também, que a base de cálculo do ICMS deverá constar apenas o preço da operação final, excluindo o custo de eventuais operações anteriores como a transmissão e distribuição da energia elétrica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, torna-se indispensável atestar que houve Proposta de Emenda à Constituição e Projeto de Lei Complementar, PEC 285/2004 e PLC 352/2002, cujos textos não foram aprovados no âmbito legislativo, o que ratifica ainda mais o tema exposto da abusividade da cobrança de taxas ilegais na base de cálculo do ICMS na conta de energia elétrica.

Concomitante à infrutífera tentativa legislativa de legalizar tal abusividade tributária, o entendimento jurisprudencial que foi estudado acerca da matéria, entende pela ilegalidade da incidência do ICMS sobre TUST/TUSD, nos quais acórdãos sustentam a impossibilidade da incidência, tendo em vista que o fato gerador só se verifica quando a energia sai do estabelecimento fornecedor e é efetivamente consumada.

## 5 DA COBRANÇA DE ICMS

O ICMS, imposto estadual, que substituiu o antigo Imposto de Vendas e Consignações (IVC), foi instituído pela reforma tributária da Emenda Constitucional n. 18/65 e representa cerca de 80% da arrecadação dos Estados, o que representa a principal receita de tributação destes entes políticos. (BRASIL, 1966).

Conforme se preceitua o artigo 155 da Constituição Federal da República, a tributação do ICMS é de competência dos Estados e do Distrito Federal, que tem como principal fato gerador a circulação de mercadoria ou prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação. O conceito de circulação é entendido como uma alteração da titularidade jurídica do bem. Conforme define Sabbag (2017):

> "a) Circulação: é a mudança de titularidade jurídica do bem (não é mera movimentação "física", mas circulação jurídica do bem). O bem sai da titularidade de um sujeito e passa à titularidade definitiva de outro. Exemplo: na saída de bens para mostruário não se paga ICMS, pois não ocorre a circulação jurídica do bem, apenas a movimentação "física", não havendo mudança de titularidade; o mesmo fato ocorre na mera movimentação física de bens entre matriz e filial". (SABBAG, 2017, p.1224) .

Diante ao exposto, o autor traz a baila que o principal requisito para que se consuma a circulação deferida no imposto, é necessário que aconteça a mudança de titularidade jurídica do bem, não obstante, salutar informar que não basta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apenas à transferência física, ratifica-se assim o entendimento majoritário da doutrina e dos tribunais, por conseguinte.

No mesmo sentido a Súmula n. 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que dispõe "não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento da mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte", o que se assemelha com o entendimento doutrinário.

Ainda, acerca da cobrança do ICMS, dispõe (MACHADO, 2015, p.344): "é fonte de receita bastante expressiva para os Estados e para o Distrito Federal". Desse modo, qualquer decisão que vise à redução no recolhimento do supracitado imposto afeta o ente estatal, que tende a demonstrar sua desconsideração em defesas desprovidas de constitucionalidade em processo.

## 6 SUJEITO PASSIVO DO ICMS

Consoante o texto constitucional em seu art. 155, a lei determina que competirá à lei complementar a definição dos contribuintes, que se definem pelo sujeito passivo da obrigação principal que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. (BRASIL, 1988).

A partir da Lei Complementar n. 87/96, nos termos do art. 4º, o sujeito passivo do ICMS poderá ser: "a) pessoas que pratiquem operações relativas à circulação de mercadorias; b) importadores de bens de qualquer natureza; c) prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; d) prestadores de serviços de comunicação" (BRASIL, 1996).

Entretanto, há a possibilidade de figurar no polo passivo da relação jurídica o responsável tributário, quando escolhido por lei para pagar o tributo, sem que tenha realizado o fato gerador. Forte a isto, a própria Constituição Federal, em seu art. 150 admite o fenômeno da responsabilidade indireta ao ICMS, no contexto da substituição tributária progressiva, que enseja na escolha de uma terceira pessoa para recolher o tributo antes da ocorrência do fato gerador, o que ocorre de forma exemplificativa na indústria automobilística. (BRASIL, 1988).

Com o intuito de esclarecer a ocorrência da substituição progressiva, analisou-se por meio desta pesquisa o exemplo antes exposto, onde o veículo ao sair da fábrica com destino à concessionária, o fato gerador ocorrerá em momento posterior, qual seja: a venda do veículo no estabelecimento comercial ao consumidor, porém o ICMS é recolhido antes da ocorrência do fato imponível, caracteriza-se assim a substituição "para frente", pois o fato gerador só ocorrerá em momento futuro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No momento da escolha desta terceira pessoa para recolher o tributo, há uma nítida antecipação do recolhimento perante um fato gerador presumido, e em se tratando de ICMS, existe também com até mais disparidade a ocorrência do fenômeno da substituição tributária regressiva, marcada pela ocorrência do fato gerador em um momento anterior ao pagamento do tributo, cuja sua efetivação fica postergada ou diferida, tem-se aqui o fenômeno do diferimento.

O diferimento é a postergação do recolhimento do tributo indireto para um instante futuro ao da ocorrência do fato gerador. Inserido assim no contexto da tributação do ICMS, portanto, há a efetiva extinção do crédito tributário pelo contribuinte, então sujeito passivo, de fato, e não pelo contribuinte de direito.

Nessa situação, surgem as figuras do contribuinte de fato e contribuinte de direito. Enquanto este se revela como mercador e, portanto, escolhido pela lei para o pagamento do ICMS, aquele não pode ser senão o contribuinte, quem efetivamente acaba por realizar a oneração do débito, pelo fato de que os valores a título deste imposto de competência estadual vêm sempre embutidos no preço da mercadoria ou do bem, no caso em tela: a fatura de conta de energia elétrica.

É imprescindível destacar que este fenômeno só é possível por existir a conveniência do sujeito ativo – Estado ou Distrito Federal – que vê no responsável tributário alguém com maior aptidão a efetuar o pagamento do tributo, embora não tenha realizado o fato gerador.

## 7 FATO GERADOR NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR 87/1996

A Lei Complementar 87/96 não define os fatos geradores do ICMS, no entanto no art. 2°, enumera os fatos em que o legislador estadual pode atuar tipificando as hipóteses de incidência, a saber:

> Art. 2°. Operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;
>
> I • prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;
>
> II • prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

III • fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

IV - Fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Com intuito de melhor compreensão, entende-se por mercadoria, os bens móveis que estão no mundo dos negócios com a finalidade comercial. Ou seja, é o bem móvel que serve de comércio. Sendo assim, as legislações estaduais, têm definido como um dos fatos geradores do ICMS a saída da mercadoria do estabelecimento comercial, copiando *ipsis litteris* o que diz o art. 12° da Lei Complementar 87/96.

Então, segundo a supracitada lei, o ICMS deve ter por hipótese de incidência a operação jurídica que, praticada por comerciante, produtor ou industrial, acarrete circulação de mercadoria, isto é, a transmissão de sua titularidade.

Convém destacar, dessa forma, o estabelecido no Enunciado da Súmula nº 166 do STJ diz que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para o outro estabelecimento do mesmo contribuinte, em que:

> "SÚMULA 166 - NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE." (BRASIL, 2010).

Isto posto, a saída física de certo bem não justifica a cobrança do ICMS. Para a incidência do imposto deve existir, portanto, uma operação que faça circular como mercadoria com fins mercantis ocorrendo a transferência de domínio.

Conclui-se, portanto, que a saída da mercadoria do estabelecimento comercial é que servirá como fato gerador do ICMS, só podendo ser exigido quando o comerciante, industrial ou produtor pratica um negócio jurídico que transfere a titularidade de uma mercadoria, pois o simples deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui fato gerador.

Inobstante, com relação ao contribuinte do ICMS, a definição encontra-se no art. 4° da Lei Complementar nº 87/1996 que é qualquer pessoa física ou jurídica que realiza, com habitualidade operações de mercadorias ou prestações de serviços de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que se iniciem no exterior. (BRASIL, 1996).

Pode-se afirmar que o sujeito passivo é o produtor da mercadoria, quando vende ou troca; o industrial quando modifica a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoa para o consumo ou finalmente o comerciante que destina a mercadoria à revenda ou à industrialização ou o seu próprio uso ou consumo.

Em síntese, o sujeito passivo das obrigações tributárias é o chamado *contribuinte de direito*, ou seja, aquele que realiza com habitualidade as operações em volume que caracterize intuito comercial para que os bens sejam considerados mercadoria.

Além disso, a carga fiscal pode também ser exigida de pessoa diversa da que praticou o negócio jurídico, é o caso do *contribuinte de fato*, que é quem suporta o encargo do tributo, principalmente dos impostos indiretos como é o caso do ICMS.

## 8 ANÁLISE PROCESSUAL E JURISPRUDENCIAL

Em contínua análise e considerando o previsto em súmulas e leis constitucionais e infraconstitucionais, é vertente o ingresso judicial de ações que impugnam se a base de cálculo do ICMS deverá constar apenas o preço da operação final, excluído o custo de eventuais operações anteriores com a produção e distribuição da energia elétrica.

Para Pires (2019) as ações propícias para a defesa desse direito são, essencialmente, a Ação de Repetição do Indébito ou Restituição de Débito, esta regularmente, e, caso haja necessidade e urgência do cliente, preenchendo-se os requisitos de uma liminar, é viável a impetração de Mandado de Segurança.

A competência para conhecimento da ação é analisada caso a caso, podendo, dependendo do estado e da comarca, ser fixada nos Juizados Especiais Fazendários ou nas Varas Cíveis. É mister esclarecer ainda que o Supremo Tribunal Federal afastou a repercussão geral, determinando a competência do Superior Tribunal de Justiça o posicionamento definitivo sobre o tema, porém a decisão que arremata definitivamente o debate está pendente de julgamento, o que sobrestou todos os processos em instâncias inferiores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Logo, destacam-se no cenário jurídico, jurisprudências que analisaram teses a respeito da temática que vêm sendo discutida nas últimas décadas, sendo de especial relevância o entendimento apurado do Recurso Especial N. 1135984 - MG (2009/0073360), que dispõe sobre o mero deslocamento de mercadoria. Merece destaque o voto do relator Ministro Humberto Martins:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. "SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA". INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ. 1. Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de "transporte de energia elétrica", denominado no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica). 2. "Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público." (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283). 3. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da "mercadoria", e não do "serviço de transporte" de transmissão e distribuição de energia elétrica. Assim sendo, no "transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte". Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1135984 MG 2009/0073360-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 08/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/03/2011). (JUSBRASIL, 2011).

Em síntese, o ínclito ministro e julgador analisa o caso concreto da impugnação da tributação do ICMS no estado de Minas Gerais, o qual chega à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decisão de que o ICMS sobre a energia elétrica tem como fato gerador a circulação da energia elétrica como mercadoria e não o serviço de transporte, e que nos termos da Súmula 166 do STJ, resta incabível constituir fato gerador do ICMS.

Insta trazer à baila que a Primeira Turma do STJ assentou o posicionamento segundo o qual o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR.
>
> INCIDÊNCIA.
>
> 1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).
>
> 2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.
>
> 3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.
>
> 4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.
>
> 5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.
>
> 6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.
>
> 7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a "demanda reservada de potência", sem ser considerado o total consumido. (REsp 222.810/MG, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/03/2000, DJ 15/05/2000). (JUSBRASIL, 2000).

Em caso análogo de temática em tributação, porém acerca de serviço de Internet que se discute o mérito congruente, assentou a Primeira Seção ao pacificar o tema:

> *[...] a provedoria via* Internet *é serviço de valor adicionado, pois 'acrescenta informações através das telecomunicações. A chamada comunicação eletrônica, entre computadores, somente ocorre através das chamadas linhas telefônicas de qualquer natureza, ou seja, a cabo ou via satélite. Sem a via telefônica impossível obter acesso à* Internet*. Cuida-se, pois, de um serviço adicionado às telecomunicações, como definiu o legislador. O provedor é usuário do serviço de telecomunicações. Assim o diz a lei.'*
>
> *Conclui-se, portanto, que, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional, não podem os Estados ou o Distrito Federal alterar a definição, o conteúdo e o alcance do conceito de prestação de serviços de conexão à* Internet*, para, mediante Convênios Estaduais, tributá-la por meio do ICMS.*
>
> *Como a prestação de serviços de conexão à* Internet *não cuida de prestação onerosa de serviços de comunicação ou de serviços de telecomunicação, mas de serviços de valor adicionado, em face dos princípios da legalidade e da tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, deve ser afastada a aplicação do ICMS pela inexistência na espécie do fato imponível.* (EREsp 456.650/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/ acórdão Min. FRANCIULLI NETTO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 20/03/2006). (JUSBRASIL, 2006).

Apesar de controvérsia entre o entendimento da 1ª e da 2ª turma do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência preponderante e habitual da corte é a de que o ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas, assim como referente à taxa de uso do sistema de distribuição, compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto.

## 9 CONCLUSÃO

A presente pesquisa procurou analisar as Tarifas de Utilização do Sistema de Distribuição (TUSD) e as Tarifas de Utilização do Sistema de Transmissão (TUST), verificando se estas devem ou não ser consideradas como elementos que compõem a base de cálculo do ICMS da energia elétrica.

Após delinear resumidamente o funcionamento da rede elétrica e a questão das tarifas, de um modo geral, foi exposto que apesar do ICMS incidir apenas na circulação da mercadoria, as operações com esse produto detêm peculiaridades as quais acabam por repercutir na forma em que se configura a aludida exação. Isso porque, distante das operações convencionais mercantis, a trajetória da energia elétrica, desde sua produção até o respectivo consumo pelo usuário, passa por três fases, que, por serem distintas, segundo alguns entendimentos não necessariamente implicam a circulação da aludida "mercadoria".

No entanto, fica evidente, diante desse quadro, que a cobrança da TUSD/TUST na base de cálculo do ICMS deve compor sua base, visto que como a energia não pode ser estocada por ser considerada uma mercadoria intangível, a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil.

É imprescindível que, diante dos argumentos expostos, tanto pela Fazenda Pública quanto da nova jurisprudência do STJ, da 1ª Turma, para que a mercadoria energia chegue até o consumidor final é necessário passar por todo o sistema elétrico, vem da geração, transmissão e distribuição, isso significa dizer que essas etapas não devem ser consideradas atividade meio, mas sim atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo, portanto indissociável.

Portanto, de acordo com a pesquisa realizada, conclui-se que o ICMS leva em conta todas as etapas anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica, pois a geração, transmissão e distribuição são uma mera divisão de tarefas, entre os agentes, econômicos, responsáveis por cada uma dessas etapas para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, ou seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Embora seja esse o entendimento dos Estados, há uma oscilação jurisprudencial quanto ao tema, pois a jurisprudência sedimentada é baseada na legalidade da inclusão da TUSD na base de cálculo.

Logo, a base de cálculo da cobrança do ICMS na fatura de energia elétrica levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo de energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por único sujeito passivo o consumidor final.

Tendo em vista os argumentos apresentados, entendeu-se que todo o custo despendido para a entrega da energia elétrica deveriam sim integrar a base do cálculo do ICMS, levando em conta tanto a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão quanto a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição, de forma que o imposto há de ser calculado sobre o preço praticado na operação final, pois afirmar que a energia seja produzida na empresa de distribuição seria desconsiderar todo o sistema elétrico existente, uma vez que as TUSD/TUST são elementos indissociáveis ao fornecimento de energia elétrica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 de Agosto de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar n° 87/1996,** de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.html>. Acesso em 10 de Agosto de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula 166 – STJ: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte**".Disponívelem:http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%AAncia/S%C3%BAmulas. Acesso em 12 de Setembro de 2019.

GOMES. Nathália Cristina. **Da impossibilidade de incidência TUST/TUSD na base de cálculo do ICMS**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262134,61044-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Da+impossibilidade+de+incidencia+TUSTTUSD+na+base+de+calculo+do+ICMS. Acesso em 26 de Novembro de 2019.

JUSBRASIL. STJ - **AgRg no REsp: 1135984 MG** (2009/0073360-1), Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 08/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/03/2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18448380/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1135984-mg-2009-0073360-1 . Acesso em 23 de Outubro de 2019.

JUSBRASIL. STJ – **Recurso Especial**: **456.650/PR** (2017/0013010-3). Relator: Ministro Franciulli Netto, Primeira Turma – Data do Julgamento: 11/05/2005. Data da publicação: 20/03/2016. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RESP+456650+PR. Acesso em 23 de Outubro de 2019.

JUSBRASIL. STJ – **Recurso Especial 222.810/MG**. Relator Ministro Milton Luiz Ferreira, Primeira Turma – Data de julgamento: 14/03/2000, Data de publicação: 15/05/2000). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula391.pdf. Acesso em 23 de Outubro de 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PIRES. Luís Henrique. **Mandado de Segurança e recebimento de indébito tributário**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-17/opiniao-ms-recebimento-indebito-tributario-via-precatorio. Acesso em 02 de Dezembro de 2019.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

**CLAUDIA BEATRIZ MAIA SILVA:** Procuradora do Estado de São Paulo. Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Izabela Hendrix e ESPGE e Pós Graduanda em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo – ESPGE.

**RESUMO:** Este trabalho aborda o tema do Controle de Constitucionalidade brasileiro. Tem início com uma abordagem histórica a respeito do tema, passando por uma definição e classificação das diferentes ações que visam garantir a supremacia da Constituição. Em conclusão, o trabalho destaca a importância do acompanhamento da jurisprudência consolidada do Supremo e a influência de suas decisões na vida prática das pessoas.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO**: 1) Introdução. 2) Histórico. 3) Controle Preventivo. 4) Controle Repressivo. 5) Controle de constitucionalidade abstrato, ou via de defesa. 5.1) Ação Civil Pública. 6) Ação Direta de Inconstitucionalidade. 6.1) Efeitos da ADIN. 6.2) A Declaração de inconstitucionalidade Sem Redução de Texto, a Interpretação Conforme a Constituição e a Parcelaridade. 6.3) Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento. 7) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 8) Mandado de Injunção. 8.1) O Supremo Tribunal Federal e o Mandado de Injunção. 9) Conclusão. 10) Referências.

## 1) Introdução

O controle de constitucionalidade é o método de verificação da compatibilidade vertical das normas. A inconstitucionalidade é um vício, um defeito na norma que decorre da contrariedade dela com a Constituição Federal. Tal vício pode ser material ou formal. A inconstitucionalidade material ocorre quando há uma incompatibilidade de conteúdo, já a formal, quando a norma foi elaborada em desacordo com o previsto.

A inconstitucionalidade formal pode ser objetiva, ou seja em desacordo com o processo legislativo, ou subjetiva quando há ofensa a regra de competência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O controle de constitucionalidade pode ser classificado ainda em concentrado ou difuso. O controle concentrado é aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal, criado por Hans Kelsen. Ele permite a declaração da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto. A declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal desta ação.

Já o controle difuso tem a sua origem nos Estados Unidos, em 1803, nasceu do caso Madison x Marbury. É conhecido como controle por via de exceção ou defesa. Permite que qualquer juiz ou Tribunal possa realizar o controle através da análise do caso concreto, decidindo sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei apenas para resolver o objeto principal da lide.

**2) Histórico**

O Controle de Constitucionalidade no Brasil passou por várias fases desde o implemento da primeira Constituição.

A Constituição de 1824 não estabeleceu qualquer tipo de controle concebendo uma soberania ao Parlamento que era considerado o único órgão que poderia saber o real sentido da norma.

A Constituição de 1891, influenciada pelo direito norte-americano, consagra o controle difuso de constitucionalidade. Qualquer juiz ou tribunal podia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que infraconstitucional, que fosse alegado por via da exceção ou defesa.

Em 1934, vários institutos foram criados. A Constituição manteve o controle difuso e implementou: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva; a cláusula de reserva de plenário, que estabelecia que no Tribunal a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser realizada pela maioria absoluta de seus membros; e também a competência do Senado Federal para suspender no todo ou em parte a lei declarada inconstitucional.

A Constituição de 1937, conhecida como Polaca, teve influência de uma constituição ditatorial. Apesar de manter o controle difuso de constitucionalidade ela conferiu ao Chefe do Poder Executivo o poder de submeter a decisão do magistrado ao Poder legislativo, que por decisão de dois terços de ambas as Casas, poderia tornar sem efeito a declaração de inconstitucionalidade.

Em 1946 restabeleceu-se uma constituição democrática. Através da Emenda Constitucional 16/65 foi criada a ação direta de inconstitucionalidade, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

competência originária do Supremo Tribunal Federal, com legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República. Foi também nesta constituição que criou-se a possibilidade de controle concentrado também para os Estados.

A Constituição de 1967, foi elaborada em período ditatorial, e retirou a possibilidade do controle concentrado para os Estados, mas através da Emenda Constitucional nº 1/69 possibilitou o controle de leis municipais em face da constituição estadual, para fins de intervenção nos municípios.

A Constituição atual, de 05/10/1988, trouxe várias novidades sobre o controle de constitucionalidade. Ela ampliou o rol de legitimados para o controle concentrado, estabelecendo uma lista em seu art. 103. Criou-se também o mecanismo de sanar inconstitucionalidades geradas pela omissão legislativa, através de dois mecanismos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, consistente em um controle concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal; e o controle difuso, através do mandado de injunção estabelecido em seu art. 5º, LXXI.

Estabeleceu-se também a possibilidade do controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais face a constituição estadual, proibindo que os Estados atribuam legitimidade a apenas um órgão. A Argüição de descumprimento de preceito fundamental também foi prevista no art. 102 e depois regulada em lei. A Emenda Constitucional nº 3/93 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade.

Em 2005 através da EC nº 45, denominada Reforma do Judiciário houve ampliação da legitimidade da propositura da ação declaratória de constitucionalidade, igualando aos legitimados da ADI.

Percebe-se que há no Brasil a adoção de um sistema amplo para combater as inconstitucionalidades porventura verificadas. O Brasil começou adotando o sistema norte-americano, tendo incluindo também o sistema europeu (austríaco) de controle através de um órgão supremo, ampliando a cada Constituição os mecanismos eficazes de garantir a supremacia da Constituição.

**3) Controle Preventivo**

O controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de emendas à Constituição Federal e dos projetos de lei federal, que tem por objetivo evitar que normas inconstitucionais ingressem no ordenamento jurídico, em primeiro lugar é feito pelas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Federal, geralmente pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação, da Câmara, e a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado.

O controle preventivo também pode ser efetivado pelo Presidente da República, através da sanção ou do veto. Sanção e veto são atos privativos dos chefes do Poder Executivo. O veto baseado na inconstitucionalidade é denominado veto jurídico; quando fundado no argumento de que a norma contraria o interesse público, o veto é denominado político.

Excepcionalmente, o controle preventivo da constitucionalidade é feito pelo Poder Judiciário. Normalmente algum parlamentar que impetra um mandado de segurança quando a tramitação do projeto fere disposições constitucionais. O STF não tem admitido mandado de segurança quando a violação diz respeito a aspectos discricionários concernentes às questões políticas e atos *interna corporis*, vedando portanto interpretações dos Regimentos de cada casa.

**4) Controle Repressivo**

O controle repressivo de constitucionalidade visa expulsar as normas inconstitucionais do ordenamento jurídico. Ele é realizado atipicamente pelo Poder Legislativo, que tem poderes para editar decreto legislativo sustando atos normativos do Presidente da República que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. O Congresso também pode rejeitar medida provisória por entendê-la inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal deu novo entendimento a Súmula n. 347 do STF que permitia que mesmo órgãos administrativos autônomos, como o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais de Contas, poderiam, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público no caso concreto. Segundo o ministro Alexandre de Moraes (MS 35410-STF), do Supremo Tribunal Federal embora as cortes de contas estejam autorizadas a "apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público" pela Súmula 347 do STF, a "subsistência" do verbete, "obviamente, ficou comprometida" com a promulgação da Constituição, em 1988. A súmula é de 1963. Segundo Moraes: "O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, (...). É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. [**MS 35.410 MC**, rel. min. **Alexandre de Moraes**, dec. monocrática, j. 15-12-2017, *DJE* 18 de 1º-2-2018.]

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado de controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa, também denominado controle difuso, e pela via de ação, através do controle concentrado.

**5) Controle de constitucionalidade abstrato, ou via de defesa**

Pela via de exceção qualquer Juiz ou Tribunal que estiver analisando um caso concreto deve manifestar-se sobre a inconstitucionalidade alegada ou verificada. Vale dizer: qualquer órgão judicante singular, Tribunal Estadual ou Tribunal Federal, por provocação ou de ofício, tem competência para apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos.

Essa manifestação, contudo, só é legítima quando indispensável para que se chegue ao julgamento do mérito do processo. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não é o objeto principal do processo, mas a apreciação do incidente é essencial para que o pedido seja analisado. Por isso, diz-se que o procedimento é *incidenter tantum*, ou seja, a exceção é apreciada como incidente da ação e, após resolvê-la, o Juiz julga o pedido principal.

O efeito da declaração no controle difuso é *inter partes*, só valendo para o caso concreto e a decisão tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativa.

A questão da inconstitucionalidade de Lei Federal, Estadual, Distrital ou Municipal reconhecida pelo controle difuso pode chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário (art. 102, III, "a", "b" e "c" da CF). Reconhecida incidentalmente por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade deve ser comunicada ao Senado, que poderá editar Resolução suspendendo, no todo ou em parte, a execução da lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal. Segundo prevalece, a suspensão se dá com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

eficácia *ex nunc* para aqueles que não foram parte no processo que gerou a declaração incidental. A lei suspensa permanece vigente, mas é ineficaz. Sua revogação depende de nova lei.

A expressão "no todo ou em parte", referida em nosso ordenamento constitucional desde a CF/46, significa que, se o Supremo Tribunal Federal julgar uma norma parcialmente inconstitucional, o Senado poderá suspender sua execução apenas nessa mesma extensão.

Essa era a teoria tradicional, que previa que em regra, a resolução do Senado ampliaria a eficácia do controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Após declarar a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, o STF deveria comunicar essa decisão ao Senado, nos termos do artigo 52, X da Constituição Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Esse entendimento foi modificado. O STF decidiu que, mesmo se ele declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, o efeito também será vinculante e *erga omnes*.

A fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, deve-se atribuir à decisão proferida em sede de controle incidental (difuso) a mesma eficácia da decisão tomada em sede de controle abstrato.

O § 5º do art. 535 do CPC/2015 reforça esse entendimento:

> Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:
>
> III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
>
> (...)
>
> § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional

pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

O Min. Gilmar Mendes afirmou que é preciso fazer uma releitura do art. 52, X, da CF/88. Essa nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido.

Esse entendimento é definido pela doutrina como teoria da abstrativização do controle difuso. Dessa forma, quando o Plenário do STF decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado.

Para essa corrente, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação e a função do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF.

**5.1) Ação Civil Pública**

Há restrições quanto ao controle de constitucionalidade de uma lei em ação civil pública ou em ação popular, sob o argumento de que a decisão dessas ações tem eficácia *erga omnes*. O que se busca vedar, na verdade, é que elas sejam um sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade.

Entretanto, conforme consta do Informativo STF n. 212, de 1.º de dezembro de 2000 admite-se o controle difuso da constitucionalidade via ação civil pública.

No julgamento do pedido de liminar na Reclamação n. 1.733-SP, o Min. Celso de Mello, mencionado no boletim informado, destacou-se que "*o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal...*"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidentalmente, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Assim também entende o eminente doutrinador Hugo Nigro Mazzili: (O Inquérito Civil, 2.ª ed., Saraiva, 2000, p. 134, item n. 7):

*"Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas."*

*A sentença proferida por magistrado na análise da ação civil pública ou popular não impedirá que a matéria seja rediscutida em outras ações. O julgamento da questão prejudicial não faz coisa julgada material, conforme o art. 469, III do CPC.*

**6) Ação Direta de Inconstitucionalidade**

No sistema concentrado, poucos têm legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade (art. 103 da CF) e, na esfera federal, o único órgão com competência para conhecer do pedido e julgá-lo é o Supremo Tribunal Federal. A ação direta de inconstitucionalidade costuma ser denominada ADI.

Os legitimados (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do DF, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) são classificados em universais ou genéricos, aqueles que podem propor a ação sobre qualquer matéria; e temáticos ou específicos, que devem demonstrar que a ação por eles proposta guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais.

São legitimados temáticos as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, a mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Distrital do DF, e o Governador de Estado ou do Distrito Federal. Os demais são legitimados universais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto às confederações sindicais, há que se observar à prevalência do entendimento no Supremo Tribunal, segundo o qual as centrais sindicais ou de trabalhadores, como a CUT, Força Sindical e CGT, não possuem legitimidade ativa, pois não congregam federações sindicais ou trabalhadores de atividades idênticas, similares ou conexas.

Confederações sindicais são aquelas integradas por no mínimo três federações de empregados, de empregadores ou mesmo de profissionais liberais e que tenham sede na Capital Federal, conforme estabelece o art. 535 da CLT.

Entidade de classe de âmbito nacional é aquela com representatividade em, no mínimo, 1/3 dos Estados, ou seja em 9 Estados, no mínimo, sendo o STF bastante restritivo na interpretação da legitimidade desses entes.

Quanto aos partidos políticos, a legitimidade deve ser reconhecida ainda que o partido esteja representado em apenas uma das duas casas parlamentares, e essa representatividade é verificada no momento da propositura da ação.

O legitimado passivo é o responsável pela edição do ato impugnado. Geralmente é o Congresso Nacional e o Presidente da República se ele sancionou a lei.

Podem ser impugnadas pela Ação direta de inconstitucionalidade as leis ou atos normativos federais e estaduais, não cabendo impugnação de lei municipal. Caso a lei impugnada seja do Distrito Federal só caberá o controle se esta lei tiver sido criada no âmbito da competência estadual. A lei tem que ser editada depois de 05/10/1988, data da promulgação da Constituição Federal, e ela deve possuir três características: ser genérica, ou seja possuir ampla aplicabilidade; abstrata, que disciplina uma situação hipotética, que pode ocorrer ou não; e por fim, autônoma, uma norma primária, que busca o seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal.

Por muitos anos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos realizado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade dependeria das características de abstração e generalidade da norma , dessa forma, as leis orçamentárias, por exemplo, não eram passíveis de controle de constitucionalidade, pois o STF não admitia seu controle concentrado e abstrato de constitucionalidade por meio de ADI, por entender que constituíam meras peças administrativas de caráter concreto, desprovidas de normatividade, abstração, generalidade e impessoalidade. Afirmava, por exemplo, que a lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado (ADI 2.484-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento 19/12/2001, *DJ* de 14/11/2003).

No julgamento da ADI 2.925-DF (em 19/12/2003) o Ministro Marco Aurélio alterou o entendimento sobre o tema, demonstrando ser possível o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, abandonando o campo da eficácia concreta.

A tese do acolhimento da ADI em face de lei orçamentária foi discutida no julgamento da ADI nº 4.048-MC (em 14/05/2008). Segundo o Ministro Ayres Brito, sobre lei orçamentária "no fundo, abaixo da Constituição, não há lei mais importante para o país, porque a que mais influencia o destino da coletividade".

O Ministro Gilmar Mendes, em outro julgamento ADI nº 3.949-MC (14/08/2008) reconheceu que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas" e, com base em precedentes, manifesta o seu entendimento no sentido de que "essa nova orientação é mais adequada porque, ao permitir o controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária, garante a efetiva concretização da ordem constitucional".

Quanto às leis anteriores à promulgação da Constituição, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que não é cabível a ação direta, pois para esta corte, tais leis foram revogadas pela nova Constituição. Para tais normas apenas é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

**6.1) Efeitos da ADIN**

Os efeitos são *erga omnes* e vinculante, obrigando o Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal. Caso haja o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal cabe Reclamação com fundamento no art. 102, I, da CF/88. Não há correlação entre os legitimados da ADIN com os da Reclamação. Nesta última, a legitimação é ampla, qualquer pessoa interessada, pode ajuizar.

A decisão final da ADIN tem em regra efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante. Mas nem sempre a decisão retroagirá.

O Ministro Gilmar Mendes estabeleceu a tese da manipulação dos efeitos da ADIN, também conhecida como modulação de efeitos ou ainda declaração de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inconstitucionalidade por efeitos limitados. Pode ocorrer em duas situações: 1) em casos de excepcional interesse social; e 2) por razões de segurança jurídica.

Diante dessas duas situações o Supremo pode ou dar efeito *ex nunc*, não retroativo; restringir os efeitos da decisão; ou marcar data para que a inconstitucionalidade se verifique.

O quorum para que o Supremo manipule os efeitos é de dois terços.

A doutrina tem chamado de lei ainda constitucional, ou inconstitucionalidade progressiva, a definição de data para que a lei se torne inconstitucional.

**6.2) A Declaração de inconstitucionalidade Sem Redução de Texto, a Interpretação Conforme a Constituição e a Parcelaridade**

De acordo com o par. único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e com o art. 10 da Lei n. 9.882/99, o STF pode declarar parcialmente a inconstitucionalidade de uma norma sem redução de texto. Conforme exemplifica Rodrigo César Rebello Pinho[1], *pode o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei que prevê a imposição de um tributo no mesmo exercício financeiro, reconhecendo a possibilidade de sua aplicação para os exercícios seguintes.*

Por outro lado, verifica-se a *interpretação conforme* quando o STF estabelece qual das interpretações dadas a uma lei é compatível com a Constituição. Exemplo dessa hipótese, aplicada antes mesmo da Lei n. 9.868/99, com base em preceitos regimentais do STF, encontra-se na Ação de Inconstitucionalidade n. 1127-8, na qual liminarmente o STF deliberou que o art. 20 da Lei n. 8.906/94, que só admite a prisão em flagrante de advogado por crime inafiançável, não abrange a hipótese de desacato à autoridade judiciária.

Gilmar Ferreira Mendes[2] sustenta que nem sempre os efeitos da *interpretação conforme* e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto são os mesmos.

Questiona-se a possibilidade de o STF excluir apenas uma parcela do texto legal como uma palavra ou expressão, isentando-se assim das limitações impostas ao veto, onde é expressamente proibido tal supressão.

O STF já decidiu que não se pode declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada. Quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo, porquanto, se assim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não fosse, o Supremo estaria legislando, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle da constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo.

Caso não altere o sentido e o alcance da norma, a decisão do STF pode declarar a inconstitucionalidade de apenas uma parte dela, razão por que muitos afirmam que o controle principal da constitucionalidade admite a parcelaridade ou divisibilidade.

No julgamento de pedido cautelar na Ação de Inconstitucionalidade n. 1.127-8, que envolve o Estatuto da OAB, o STF suspendeu a eficácia das expressões *"ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do respectivo termo, sob pena de nulidade".*

Na sua íntegra a disposição ditava que entre os direitos do Advogado estava o de *"ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade, e, nos demais casos, a comunicação expressa à OAB".*

**6.3) Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento.**

Também denominada de teoria da inconstitucionalidade por atração, consequencial, ou seqüencial. Trata-se da declaração de inconstitucionalidade quando há relação de prejudicialidade entre vários artigos, incisos ou alíneas, quando só um deles figurou no pedido.

Desse modo, na decisão, o Supremo define quais são as normas atingidas e por arrastamento quais as normas que são inválidas. Essa invalidação pode ser até mesmo de algum decreto que tenha como seu fundamento uma lei declarada inconstitucional. É uma exceção à regra de que o juiz deve ficar adstrito aos pedidos na inicial.

**6.4) O Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Justiça**

O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o controle abstrato de constitucionalidade das normas e atos federais e estaduais (art. 102, I, a, da CF).

Em relação as normas municipais, a Lei Maior não previu o controle dessas normas pela via concentrada, salvo no caso de exceção da arguição de



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

descumprimento de preceito fundamental(ADPF). Por outro lado, o controle difuso é aquele exercido de forma incidental, nos casos concretos, de forma que pode ocorrer em todas as instâncias e órgãos judiciais, sendo assim mais abrangente em relação ao controle concentrado.

Diante disso, seria inviável a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo do ente municipal que ofenda a Lei Maior, no Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, é possível, porém, a proposição de ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal de Justiça, contra lei municipal, alegando-se violação à Constituição Estadual, ou mediante controle concreto.

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça daquele Estado questionando a Lei Municipal que modificou a cobrança do IPTU na cidade de São Paulo. A demanda fora fundada na alegação de que a progressividade das alíquotas colidia com artigos da Constituição Estadual do Estado de São Paulo. Houve a concessão de uma liminar no sentido de suspender os dispositivos legais questionados, fato este que gerou a interposição de uma Reclamação Constitucional (Rcl 383), onde se questionou a legalidade da liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que desrespeitava os preceitos contidos na Constituição Federal, sendo assim, impossível o exercício do controle de constitucionalidade no âmbito estadual, uma vez que o conteúdo da norma municipal fora extraído das regras de competência determinados pela Constituição Federal.

Neste julgamento o STF reviu o seu posicionamento, no sentido de entender que os Tribunais de Justiça podem analisar em sede de controle de constitucionalidade leis municipais em face de normas constitucionais estaduais que tenham em seu conteúdo uma reprodução de norma da Constituição de observância obrigatória:

> EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.

Em 2017 foi sedimentado no Supremo o entendimento de que o Tribunal de Justiça pode utilizar como parâmetro a Constituição Federal no controle de lei municipal:

> Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. 1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes. 2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. 3. A "verba de representação" impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio. 4. Recurso parcialmente provido.
>
> (RE 650898, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)

**7) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.**

A ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2.º, da CF, tem a mesma legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

Difere, portanto, do mandado de injunção, cuja legitimidade é conferida a qualquer pessoa física ou jurídica, mas cujo objeto é mais restrito, só combate a omissão relacionada à ausência de norma regulamentadora, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania. Ademais, a decisão do mandado de injunção produz efeito apenas para as partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A ação visa afastar omissão quanto à medida necessária para tornar efetiva norma constitucional que não é de eficácia plena.

Tanto a ação de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção são apontados como remédios para combater a *síndrome de inefetividade das normas constitucionais*, conforme anota Pedro Lenza.

A decisão do STF, porém, limita-se a dar ciência ao poder omisso para que esse tome as providências necessárias. No caso de reconhecer que a omissão é de órgão administrativo, o STF fixará o prazo de 30 dias para o omisso adotar as providências necessárias, sob pena de responsabilidade.

Prevalece que em ação direta de inconstitucionalidade por omissão não cabe a concessão de medida cautelar ou de antecipação de tutela, pois nem sequer com o julgamento final será possível o suprimento da falta.

Nas ações de inconstitucionalidade por omissão, entende-se dispensável a manifestação do Advogado-Geral da União, já que pressupõe justamente a inexistência de norma legal ou ato normativo a ser defendido.

O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF .

**8) Mandado de Injunção**

O Mandando de injunção é uma ação constitucional que visa assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, quando a falta de norma reguladora inviabilizar tais direitos.

O objetivo maior do mandando de injunção é suprimir uma omissão do Poder Público. Dessa forma a violação a constituição tanto pode ser por uma ação estatal, ou por uma omissão.

No caso da omissão, os remédios disponíveis são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. O objetivo das duas ações é bastante parecido, qual seja viabilizar o exercício de um direito ainda não positivado.

A diferença entre as duas ações consistem basicamente na legitimação, objeto e julgamento. Os legitimados para propositura da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, elencados no art. 103, incisos I não IX da Constituição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Federal. Já o mandado de injunção pode ser exercido por qualquer pessoa, física ou jurídica, que se veja impossibilitada de exercer algum direito por ausência de norma.

Em relação ao objeto, no mandado de injunção busca-se a solução para um caso concreto, enquanto que na Ação direta de inconstitucionalidade o controle é exercido em tese, sem a necessidade de uma violação concreta.

Quanto ao julgamento, o Supremo Tribunal Federal detém a competência exclusiva da ação direta de inconstitucionalidade e o mandando de injunção poderá ser ajuizado perante o STF, STJ ou TSE, dependendo do órgão omisso.

Os pressupostos para o cabimento do mandado de injunção são os seguintes: ausência de norma regulamentadora de um preceito constitucional, e inviabilidade do exercício de um direito ou liberdade constitucional, inerente à soberania, nacionalidade, e cidadania. Portanto tem que haver um nexo de causalidade entre a falta do direito e a inviabilidade de exercício de algum dos direitos mencionados.

**8.1) O Supremo Tribunal Federal e o Mandado de Injunção**

A nova Lei 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, otimiza o processo constitucional conferindo maior garantia as omissões do poder público de forma a tutelar os direitos constitucionais subjetivos cujo exercício é inviabilizado pela inércia legislativa. Essa lei já era esperada desde a promulgação da Constituição, mas somente em 2007, quando o STF julgou os mandados de injunção 670, 708 e 712, realizando uma modificação substancial em sua dinâmica, que esta ação se tornou um instrumento eficaz e prático de tutela de direitos.

O Supremo Tribunal Federal mudou a teoria adotada, viabilizando alguma utilidade prática em tal ação, que anteriormente era pouco utilizada pois não conseguia satisfazer concretamente os anseios do impetrante, que, na maioria das vezes, ficava sem direito e arcava com os custos de uma ação judicial que, muitas vezes, embora vencedor, não lhe trazia o proveito almejado.

A doutrina concebe duas teorias para explicar os efeitos do mandado de injunção. A primeira teoria denominada teoria concretista se subdivide em outras duas: a teoria concretista geral, e a concretista individual, sendo esta última ainda classificada em individual direta e indireta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A segunda teoria denominada teoria não-concretista, era a adotada pelo Supremo Tribunal Federal antes de 2007. Ela não concebe o direito pleiteado, mas apenas dá ciência ao órgão omisso. O fundamento desta teoria seria de que o Judiciário não poderia invadir a competência do Poder Legislativo, ou seja, não poderia fazer leis.

Já a teoria concretista, adotada majoritariamente pela doutrina, defende que o mandado de injunção tem que permitir o exercício efetivo e concreto do direito pleiteado. Ela equipara os efeitos do mandado de injunção com os da ADIN por omissão. Essa teoria concretista se divide em geral, que teria força *erga omnes*, defendida pelo iminente Vicente Greco, e a concretista individual que teria efeito *inter partes*, ou somente para as partes, que tem ampla aceitação na doutrina.

A concretista individual conforme divulgado pode ser ainda: a) Direta: preconiza que o Poder Judiciário deve resolver o problema diretamente; b) Intermediária: a solução ocorre em três momentos: em primeiro lugar há a declaração da mora legislativa; em segundo, o Poder Judiciário dá ciência não órgão omisso e fixa prazo para que este legisle; e em último, o judiciário autorizaria a indenização para os prejuízos causados pela falta da lei.

A Lei 13.300/2016 surgiu para garantir a eficácia desse remédio constitucional, harmonizando-o com o princípio da separação dos Poderes Finalmente, a Lei 13.300/2016 e sana uma das maiores contradições do ordenamento jurídico brasileiro, consistente na inexistência de lei sobre o instrumento constitucional de combate à ausência de norma regulamentadora.

O ministro Teori Zavaski assim definiu a lei:

"A opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa"

**9) Conclusão**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As Constituições rígidas, demandam um processo formal de alteração e revisão, que lhe confere um status de estabilidade e rigidez, colocando-a em posição de supremacia. O órgão no Brasil determinado a realizar o controle concreto das normas constitucionais é o Supremo Tribunal Federal.

Segundo Alexandre de Moraes: *"O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites do poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito."* (Moraes,Alexandre, Direito Constitucional, p. 675)

No Brasil, são poucas as pessoas que tem ciência da importância deste Tribunal para a definição do direito e garantia do Estado Democrático de Direito. Acompanhar as decisões do Supremo Tribunal Federal é extremamente importante, pois, além de guardião da Constituição Federal, é o órgão que participa efetivamente das mudanças da sociedade brasileira, ao concretizar os direitos fundamentais.

Assim as mudanças de posição, o entendimento, a jurisprudência e as súmulas do Supremo Tribunal, servem como baliza para todo o direito, acompanhando a evolução e mutação dos costumes, evitando a "fossilização do direito".

**10) Referências**

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 16ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão e Dominação*, 2ª edição, São Paulo, Atlas, 1996.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 11. ed. Ver., atual. e ampl. , São Paulo: Editora Método, 2007;

HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição***,** tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da**,** *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da**,** *Curso de Direito Constitucional Positivo, 29ª edição* São Paulo, Malheiros, 2007.

---

[1] *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 49. Coleção Sinopses Jurídicas

[2] *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 227

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: ASPECTOS LEGAIS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS

**ANDERSON MACIEL DAS CHAGAS:** Acadêmico de Direito pela Universidade Luterana do Brasil - CEULM/ULBRA (10º Período). Aprovado no exame XXIX OAB, 2019 - Católico - Empresário - Neoliberal de centro direita - Estudioso das Ciências Criminais com ênfase em Tribunal do Júri - Direitos Humanos, Individuais e Coletivos.

ALICHELLY CARINA MACEDO VENTURA[1]

(Orientador)

**RESUMO:** A prisão em segunda instância tem sido alvo de acaloradas discussões, especialmente no âmbito jurídico, no que diz respeito à sua constitucionalidade, levando em conta, principalmente, o célebre princípio da presunção de inocência, expressamente previsto na Carta Magna de 1988, em seu artigo quinto, segundo o qual ninguém será considerado culpado sem que haja sentença penal condenatória transitada em julgado. Ademais, em consonância ao princípio da presunção de inocência, a Constituição prevê, ainda, o direito à ampla defesa e ao contraditório, em observância ao princípio do devido processo legal, no intuito de assegurar um julgamento justo enquanto Estado Democrático de Direito baseado na preservação dos direitos humanos e na cidadania. Tendo em vista este cenário, o presente estudo teve por escopo analisar o instituto da prisão em segunda instância, avaliando seus aspectos favoráveis e desfavoráveis, a partir de pesquisa bibliográfica realizada no ordenamento jurídico brasileiro, concernente à temática, tanto na legislação quanto na doutrina e na jurisprudência.

**Palavras-chave:** Prisão em Segunda Instância. Constitucionalidade. Aspectos Favoráveis e Desfavoráveis.

**ABSTRACT:** The arrest in the second instance has been the subject of heated discussions, especially in the legal field, regarding its constitutionality, taking into account, mainly, the famous principle of the presumption of innocence, expressly foreseen in the Magna Carta of 1988, in its article. fifth, according to which no one will be found guilty without a final judgment. Moreover, in line with the presumption of innocence principle, the Constitution also provides for the right to full defense and contradiction, in accordance with the principle of due process of law, in order to ensure a fair trial as a Democratic Rule of Law based on preservation. human

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

rights and citizenship. Given this scenario, the present study aimed to analyze the institute of the prison in the second instance, evaluating its favorable and unfavorable aspects, based on bibliographic research carried out in the Brazilian legal system, concerning the theme, both in legislation and in doctrine and in case law.

**Keywords:** Imprisonment at Second Instance. Constitutionality. Favorable and Unfavorable Aspects.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A Prisão em Segunda Instância: Considerações Iniciais; 2.1 O Devido Processo Legal; 2.2 O Princípio da Presunção de Inocência; 2.3 Do Direito ao Contraditório e à Ampla Defesa; 3 Aspectos Legais Favoráveis e Desfavoráveis da Prisão Em Segunda Instância; 3.1 Argumentos Favoráveis à Prisão em Segunda Instância; 3.2 Argumentos Desfavoráveis à Prisão em Segunda Instância; 3.3 Jurisprudência Adotada Atualmente; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

A prisão em segunda instância, constitui assunto de constante repercussão, no Brasil, ultrapassando, inclusive o mundo jurídico, em decorrência da evidente rota de colisão entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da justiça criminal, no que que tange à possibilidade, ou não, do cumprimento de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, em análise ao *Habeas Corpus* impetrado pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, em 2016, alterou o entendimento acerca do momento em que o condenado deve cumprir a pena imposta pela Justiça, ao definir que, aqueles que foram condenados por um tribunal de segunda instância, já podem ter, de imediato, sua prisão decretada, mesmo que ainda reste à defesa, a opção de recorrer da condenação a tribunais superiores.

No entanto, tal situação encontra-se, novamente, sendo alvo de julgamento do STF, no que se refere à possibilidade de alterar a jurisprudência estabelecida pela decisão anterior, de 2016, em decorrência da apresentação de três ações diretas de constitucionalidade, pela Ordem dos Advogados do Brasil, contestando a constitucionalidade da prisão em segunda instância.

Tal ocasião tornou a acirrar os ânimos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, parte da doutrina entende, tal alternativa, ser um retrocesso para o Sistema Judiciário, prejudicial tanto para a persecução penal quanto para a estabilidade jurídica, uma vez que, a aplicação da pena a partir da condenação em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

segunda instância assegura maior celeridade processual, além de contribuir para o fim da impunidade, ao reduzir o tempo que o réu ficará em liberdade enquanto aguarda a definição final da sentença, evitando, assim, que o excesso de recursos culmine na prescrição da pena em virtude do tempo.

Outra parcela da doutrina, no entanto, entende que a prisão antes da condenação definitiva pode levar à prisão injusta, uma vez que, ao final do processo a pena pode ser reduzida ou, até mesmo, extinta, afetando, principalmente, as pessoas de pele negra e as mais desprovidas de recursos financeiros, sem condições efetivas de custear uma boa defesa, gerando gastos para o Estado, em relação ao pagamento de indenizações por prisões ilegais, além de contribuir para a superpopulação carcerária.

O presente estudo, portanto, tem por objetivo discutir os aspectos positivos e negativos da prisão em segunda instância, tomando por base o que prevê a Constituição Federal Brasileira de 1988, fazendo um breve comparativo com as demais disposições referentes à temática existentes na legislação brasileira, bem como na doutrina e na jurisprudência.

## 2 A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prisão em segunda instância, em poucas palavras, encontra-se situada após o julgamento final de um dos Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais — momento em que surgem as figuras do Recurso Extraordinário para o STF e do Recurso Especial para o STJ, não devendo, portanto, ser confundida com as prisões processuais, que podem ocorrer a qualquer tempo, como é o caso da prisão preventiva, por exemplo.

O instituto da prisão em segunda instância encontra-se, segundo a doutrina, permitido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LXI, complementado pelo art. 283 do Código de Processo Penal, sendo, portanto, considerada legítima a prisão do indivíduo, no curso das investigações ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

O art. 5º, LXI, da referida Carta Magna, nesse contexto, estabelece que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Desse modo, a legislação máxima em nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade da prisão em flagrante delito, em evidente contradição em relação ao princípio da presunção de inocência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito às prisões preventivas ou das prisões provisórias, tais dispositivos possuem requisitos para serem decretadas, que estão presentes no art. 312 do CPP e no art. 1º da lei 7960/89. Esses institutos visam garantir o bom andamento do inquérito ou do processo e por isso são chamadas prisões processuais. Não havendo que se falar em culpabilidade do preso provisório ou temporário, visto que o encarceramento visa o devido processo legal e não a sanção penal do indivíduo (CAPEZ, 2018, p. 341).

Por outro lado, a prisão em segunda instância, também conhecida como execução provisória da pena, faz com que o acusado inicie o cumprimento da pena a ele imposta, mesmo que o trânsito em julgado não tenha se operado, de modo que, mesmo que ainda existam recursos a serem julgados, o condenado iniciará o cumprimento de sua pena.

Assim, o início da execução da pena pode ser observado por, pelo menos, dois prismas, quais sejam: do início da execução de uma pena que posteriormente será confirmada com o julgamento do recurso interposto; ou, do início da execução de uma pena que não será confirmada em sede de julgamento do recurso interposto.

Na primeira hipótese, não existirão graves consequências para o condenado, uma vez que o período cumprido durante a prisão provisória será computado do cumprimento da pena definitiva. A problemática, no entanto, encontra-se no segundo caso descrito, onde a condenação não seja confirmada pelo julgamento do recurso, hipótese em que o inocente terá cumprido parte de uma pena condenatória relacionada a um delito pelo qual foi acusado e, posteriormente, absolvido. (FRAGOSO, 2019, p. 02)

Neste último caso, não será cabível a indenização ao inocente em decorrência das prisões processuais, prevendo a Lei maior, apenas, a compensação pecuniária em caso de condenação por erro do Poder Judiciário e para aquele condenado que permanecer encarcerado além do tempo previsto pela condenação, constituindo uma das principais razões para a existência da polêmica discussão dentro do ordenamento jurídico, no que diz respeito ao instituto da prisão em decorrência de sentença condenatória, em que ainda caibam recursos.

Sempre cercado por opiniões controversas e polêmicas sempre que trazida à baila, a prisão em segunda instância, durante a execução deste estudo, novamente, entrou em vias de julgamento pelo STF, motivada pela impetração de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADCs, apresentadas pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelos partidos PC do B e Patriota, antigo PEN.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Até a referida contestação, restava pacificado o entendimento do STF permitindo a prisão após condenação em segunda instância, mesmo que ainda seja possível recorrer a instâncias superiores. No entanto, a OAB e os partidos sustentam que o entendimento é inconstitucional e uma sentença criminal somente pode ser executada após o fim de todos os recursos possíveis, fato que ocorre no STF e não na segunda instância da Justiça, nos tribunais estaduais e federais.

Dessa forma, tais ADCs, conforme os impetrantes, encontram-se fundamentadas na Constituição Federal, tendo por referência os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, no intuito de impedir o cumprimento de sentença condenatória quando ainda existirem possibilidades de recurso.

## 2.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal encontra-se consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, onde "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", dando, ao cidadão brasileiro, a garantia de não ser privada de sua liberdade ou da propriedade de seus bens sem a tramitação de um devido processo estabelecido nos termos da lei.

Trata-se, portanto, do princípio assecuratório de um processo com todas as etapas previstas em lei, em observância às garantias constitucionais sob pena de anulação, sendo, assim, pacífico o entendimento de que o devido processo legal representa um sobreprincípio, supraprincípio ou princípio-base, norteador de todos os demais princípios a serem observados durante a tramitação de determinado processo.

Na atual conjuntura política, social e jurídica, se materializa através dos direitos fundamentais da segurança jurídica do processo, do acesso à jurisdição, da igualdade processual material, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da justiça da decisão e, finalmente, da duração razoável e da efetividade do processo.

A segurança jurídica, por sua vez, compreende não só o escopo do devido processo legal, mas também, figura como o elemento basilar de todo o sistema jurídico, sendo indispensável no que concerne à a previsibilidade dos procedimentos e das regulações de condutas entre os indivíduos, ou entre estes e o Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A segurança jurídica do devido processo legal é amparada pela existência do Poder Judiciário, independente e harmônico com relação aos demais Poderes, em conformidade com o previsto no art. 2° da CF/88, ao qual compete, exclusivamente, o exercício da jurisdição, pela obrigatoriedade de lei para regular os procedimentos inerentes ao processo, norteado pelo Código de Processo Civil, quando se trata da esfera cível e, finalmente, pela previsão de estabilização definitiva do conflito pela coisa julgada (art. 5°, XXXVI da CF/88).

A garantia do acesso à jurisdição está amparada no inciso XXXV do artigo 5° da CF/88 ao rezar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Está atrelada a essa garantia a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme disposto no art. 5º, inciso XXIV, Constituição Brasileira de 1988. (TAKOI, 2008, p. 01)

No que concerne à garantia ao acesso à jurisdição, tem-se assegurado o juízo natural, impedindo a existência de juízos de exceção (art. 5° XXXVII da CF/88), e, portanto, sendo taxativamente proibidos, em nosso ordenamento jurídico, a criação de tribunais de duração temporária ou criados especialmente para o julgamento de casos específicos após ocorridos os fatos.

A previsão da isonomia processual está relacionada à igualdade material, na equiparação das peculiaridades do direito discutido em juízo, bem como as condições da parte que a tornem digna de proteção processual diferenciada e mais adequada no caso concreto, sendo um exemplo bastante comum, as regras estabelecida pelo Direito do Consumidor, que concede ao usuário certas prerrogativas, no intuito de equilibrar as desvantagens em relação às empresas prestadoras de serviço, assim como os estatutos do Idoso, da Criança e do Adolescente.

O duplo grau de jurisdição, por sua vez, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal, a doutrina entende que encontra suporte no art. 108 da referida Carta Política, *in verbis:*

> "art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:...
>
> II – julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição". Essa disposição também é aplicável aos Tribunais Estaduais pelo princípio da simetria, já que pelo artigo 125 da mesma Constituição "os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição". (BRASIL, 1988)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, ainda que de forma implícita constitucionalmente, fica assegurando, às partes, o direito de interpor recurso com vistas à correção de injustiça da decisão ou da sentença, por um órgão diferente daquele que proferiu a decisão, o chamado juízo ad quem, ou seja, um juízo superior àquele que julgou o caso em primeira instância.

Outro elemento fundamental associado ao devido processo legal, contido na Constituição Federal é o que se refere à justiça da decisão, também conhedia por processo justo ou equitativo, que se traduz obtenção da justiça ao caso concreto, assegurada pela obrigatoriedade de motivação em todas as decisões judiciais e de publicidade dos julgamentos conforme preceitua o artigo 93, IX da CF/88:

> Art. 93... IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988)

Com efeito, é pela motivação das decisões que as partes e, especialmente, a coletividade, podem avaliar efetividade e a prevalência da justiça daquelas, cabendo, portanto, à autoridade judicial, explicitar as razões de fato e de direito que contribuíram para determinado posicionamento, em que deu razão a uma parte em detrimento da outra.

Relacionado ao devido processo legal existe, ainda, a garantia do prazo razoável do processo e da efetividade da jurisdição, previsto no art. 5º da Constituição de 1988, com a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Assim, fica explicitamente assegurada a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a concreta celeridade da tramitação do processo.

Por fim, a garantia do contraditório e da ampla defesa, por serem de fundamental importância para os termos deste estudo, serão tratados de maneira mais específica em itens subsequentes.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, conforme mencionado anteriormente no presente estudo, encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal em seu artigo quinto, com a seguinte disposição: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

De acordo com Cesare Beccaria, tal princípio tem suas origens nos escritos relacionados aos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, posteriormente incorporada ao preâmbulo da Constituição Francesa de 1791 que, incluía, ainda, em seu art. 9º que todo acusado seria considerado inocente até ser declarado culpado. (AGERTT, 2019, p. 01)

No cenário internacional como um todo, em 1948, com o mundo ainda impactado pelas atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional, através da Organização das Nações Unidas, erigiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, vindo a consagrar, em seu artigo 11:

> "1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa." (CIDH)

Anos mais tarde, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, estabeleceu, em seu artigo 8º, II: "Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Dessa forma, entende-se que o princípio da presunção de inocência nasceu do espírito revolucionário e, ao inverter a presunção de culpabilidade anteriormente posta, consubstanciou-se marco solapador da inquisição. A liberdade de locomoção, então elevada ao patamar de direito natural e inviolável do homem, tornou-se dogma. Para aprisionamento do indivíduo, agora era imprescindível que sua culpa ficasse cabalmente provada, mediante devido processo legal. (AGERTT, 2019, p. 01)

Trata-se, assim, que princípio basilar do processo penal, processo penal liberal e implica, conforme assevera Aury Lopes Júnior

> "diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença" (LOPES JR., 2013, p. 72/73)

O autor, ainda sugere, em obra anterior (2009, p. 72-73), que da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória – incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade além de qualquer dúvida razoável – e a regra de tratamento, dever imposto ao magistrado de fazer cumprir o ônus da prova, favorecer o acusado em caso de dúvida e decretar as prisões cautelares somente em situações excepcionais, comprovados os requisitos legais, além do dever imposto erga omnes de respeito à dignidade e à privacidade do acusado, em proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu.

Tal linha de pensamento corrobora a presunção de que o princípio da presunção de inocência pode ser ramificado em três faces distintas, dito por Ricardo Alves

> Primeiro, quanto ao tratamento dispensado ao cidadão submetido a uma investigação policial, onde deve ser preservado o estado inicial em que se encontrava antes do início da persecução penal, qual seja, inocente; segundo momento, quanto à utilização das prisões provisórias que, dependendo do caso, pode refletir uma antecipação da pena [regras de tratamento]; e terceiro momento, quanto à valoração de provas na instrução criminal [regra probatória]. (BENTO, 2007, p. 26)

Desta forma, é possível concluir-se que o postulado da presunção de inocência implica na obrigatoriedade da cabal demonstração delitiva pelo órgão acusatório a um magistrado neutro, que jamais poderá presumir a culpabilidade do acusado sem a devida comprovação, devendo, em dúvida, absolver, e que deverá, por presumir a inocência do réu, servir-lhe como juiz de garantias, porquanto o rompimento desta presunção só se pode dar com a formação da culpa, mediante transcurso de escorreito instrumento processual que concretize todas os princípios constitucionais correlatos (ampla defesa, inadmissibilidade provas ilícitas, publicidade, não produção de provas contra si, etc).

## 2.3 DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, enquanto uma constituição cidadã, confere aos cidadãos brasileiros, uma série de direitos e garantias no decorrer de seu art. 5º, dentre eles o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, em seu inciso LV: "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." (BRASIL, 1988)

Destarte, todo processo deve, obrigatoriamente, possibilitar, ao cidadão, a ampla defesa e o contraditório. Nesse contexto, a ampla defesa significa dispor de todos os meios lícitos para refutar uma determinada acusação feita contra o suporto autor de uma colisão contra a lei, permitindo, ao detentor do direito, uma defesa mais abrangente, vasta, extensa, colocando-o no mesmo nível de que a parte acusadora.

Assim, o princípio da ampla defesa, intimamente conectado ao princípio do, se encontra fundamentado na medida da necessidade da pessoa, dentro do caso em que se encontra, recebendo garantias de defesa, como, por exemplo, por meio de advogado, defensor público caso seja hipossuficiente, ter direito a revisão de seu processo no âmbito criminal, mesmo após o trânsito em julgado, ter seu advogado desconstituído pelo magistrado pela má defesa e com direito a constituir um novo, sendo assim, tais garantias como uma ampla defesa à quem necessite. (SOUZA *et al,* 2017, p, 01)

O ilustre jurista Alexandre de Moraes (2015, p. 112), conceitua a ampla defesa como um "asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário".

O princípio da ampla defesa encontra-se, ainda, atrelado ao princípio da presunção de inocência, previsto, também, no art. 5º da CF/88, dando, ao acusado, o direito de permanecer calado diante das acusações que lhe foram atribuídas além do direito de produzir provas em prol da sua defesa. (NUCCI, 2015, p. 36).

Ademais, o princípio da ampla defesa encontra-se salvaguardado pelos princípios do devido processo legal e da isonomia processual, em decorrência da necessária observação do Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de conceder ao acusado o legítimo exercício de se defender das acusações que lhe foram imputadas, de forma que a ampla defesa deverá ser assegurada, protegida, aplicada, cumprida e respeitada pelo Estado, desta forma, o acusado será amparado por este meio de defesa, afim de que haja a efetiva democracia assegurada pela Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Faz-se oportuno ressaltar, ainda, que a ampla defesa é aplicada tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas em virtude da validade da decisão judicial, em observância ao caput do art. 5° da Constituição Federal de 1988, onde "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". (GONÇALVES, 2010, p. 48).

Por fim, a ampla defesa constitui garantia dada ao acusado, utilizada para regular o processo criminal para apresentação de provas e impedir que o Estado tenha alguma ligação a obtenção das provas ilícitas, estando, assim, amparada pelo *habeas corpus, habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública, enquanto garantias instrumentais, também conhecidos pela alcunha de remédios constitucionais com a finalidade de proteger o acusado da exorbitância do Estado.

Por sua vez, o contraditório, consiste na garantia constitucional de que é necessário dar-se à parte ré a possibilidade de conhecimento do pedido que corre em seu desfavor, bem como dar ciência dos atos, além da possibilidade de contestar as acusações a ela imputadas, em pleno exercício do direito de resposta.

Assim, é de vital importância que a autoridade judicial, antes de proferir cada decisão, proceda com a devida oitiva das partes, proporcionando-lhes a igual oportunidade para que, na forma devida, se manifestem com os devidos argumentos e contra-argumentos, oferecendo, ainda, aos litigantes, a oportunidade para que busquem, pela via da correta argumentação, ou em conjunto com os elementos de prova colhidos, se assim for o caso, influenciar na formação de sua convicção.

Tais direitos, portanto, existem para conferir, ao cidadão, a oportunidade justa de defesa mediante alguma ação movida contra ele, seja na seara penal, civil ou administrativa, estabelecendo, ao menos em tese, uma série de garantias para reduzir as desigualdades entre as partes e conferir uma segurança jurídica efetiva.

## 3 ASPECTOS LEGAIS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Atualmente, a prisão em segunda instância voltou a ser alvo de discussões acaloradas, após a impetração de três ADCs, pela OAB e mais dois partidos políticos, o PC do B e o Patriota, solicitando que o STF condicione o início do cumprimento da pena ao esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado), em contraponto ao entendimento conferido pela Corte Suprema, em vigor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desde 2016, de que o início da execução da pena condenatória após decisão de segunda instância não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Trata-se, assim, da contestação da última jurisprudência expedida pelo STF, relacionada à executoriedade da prisão em segunda instância, em reposta ao *habeas corpus* 126292/SP, mediante a seguinte ementa:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
>
> 2. Habeas corpus denegado." (BRASIL, STF, 2016)

Nesse contexto, a atual contestação da constitucionalidade da prisão em segunda instância tornou a motivar diversas opiniões favoráveis e contrárias de diversos setores da sociedade, não apenas por conta da situação que o país vem atravessando em relação a sua instabilidade política e econômica, mas, principalmente, pelas prisões decorrentes da operação "lava jato" de pessoas que integravam o alto escalação do governo ou de pessoas privadas ligadas às empresas que mantinham negócios com alguns setores do Poder Público, por meio de procedimentos ilícitos.

Assim, em tempos da execução da famigerada Operação Lava Jato, constantemente verifica-se o surgimento de uma revolta, tanto popular quanto no seio do ordenamento jurídico, contrário ao sistema recursal, visto, via de regra, como uma modalidade existente pra procrastinar o processo, com vistas à impunidade dos mais poderosos, quando, na verdade, o sistema recursal existe porque a justiça é realizada por homens e, consequentemente, passível de erros.

A possibilidade de erro nos trâmites de um processo encontra-se presente nas mais variadas etapas, incluindo a fase investigativa e a inquisitorial, assim como no decorrer do processo, podendo alterar permanentemente a vida do sujeito em caso de uma condenação errônea.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista esses elementos, a doutrina, comumente, costuma se dividir em dois grupos distintos, onde um apresenta argumentos contrários à prisão em segunda instância e o outro, apresenta argumentos favoráveis à segunda instância.

## 3.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Um dos principais argumentos favoráveis à derrubada jurisprudencial do instituto da prisão em segunda instância está relacionado à impunidade em decorrência da prescrição de inúmeros crimes, causada pelo excesso de recursos impetrados.

Assim, os ministros que votaram a favor da prisão após a condenação em segunda instância em 2016 – foram seis dos onze magistrados – consideraram que o recurso a instâncias superiores se tornou uma forma de protelar ao máximo a decisão final. É para evitar esse quadro que a prisão logo após a segunda instância seria mais justa. O ministro Luiz Fux, por exemplo, afirmou que as decisões são postergadas por "recursos aventureiros" e que o direito da sociedade de ver aplicada a ordem penal está sendo esquecido.

Diante da possibilidade da interposição de inúmeros recursos, muitos deles de caráter procrastinatório, recorrer em liberdade se tornou, em muitos casos, manobra para se alcançar a impunidade por meio da prescrição e não em razão da obtenção de uma decisão reformatória que visa-se a absolvição, ainda mais porque a manutenção das decisões de 1º grau tem prevalecido.

Um outro ponto de vista adotado para o tema, e que se distancia da maioria dos juristas que discute somente a ofensa/não ofensa ao princípio da presunção de inocência, foi encampado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no HC 126.292/2016, qual seja, de que o fundamento da ordem de prisão, independente de quando ela ocorre, é ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não se levando em conta a discussão da presunção da inocência em si.

Os argumento, em linhas gerais, que defendem a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, evocam: 1) que o duplo grau de jurisdição se encerra com a possibilidade de que o acusado tenha revisto sua decisão de segundo grau, pelo tribunal, sendo analisadas aí toda a questão de forma e de direito envolvidas no processo; 2) o efeito devolutivo dos recursos ao STF e STJ e a impossibilidade destes dois Tribunais na reanálise de questões materiais, bem como a necessidade de prova da repercussão geral do recurso extraordinário para sua aceitação; 3) - que o pressuposto para a decretação da prisão no Direito Brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI da Carta de 1988; 4) que o princípio da presunção de inocência, deve ser relativizado quando posto em análise do conjunto de princípios que rege o processo penal; 5) necessidade de efetividade da Justiça.

Batisti (2012) mesmo antes do julgamento do HC 126.292 em 2016, já postulava o reconhecimento do trânsito em julgado com a confirmação de sentença em tribunais:

> "reafirmamos o entendimento de que tendo havido confirmação de condenação por Tribunal (de Justiça do Estado ou Regional Federal ou equivalente) já terá havido o trânsito em julgado, porque os recursos de natureza ordinária se esgotam aí. (...) recursos de natureza extraordinária e habeas corpus, substitutivos ou complementares a eles não deveriam sustar a execução". (BATISTI, 2012, p. 36-37)

Em consonância ao pensamento do Batisti, Breno Moraiz (2017) descreve a seguinte consequência social, efetuando-se a prisão tão logo confirmado Acórdão condenatório geraria uma consequência:

> "recolher-se-iam às cadeias não somente os pobres que não puderam recolher às instâncias extraordinárias, mas também os ricos que, apostando na duração pouco razoável dos processos no Brasil, valeram-se de todos os expedientes recursais e conseguiram chegar os tribunais superiores, ainda que possam não ter seus recursos sequer admitidos". (MORAIS,

Assim, a efetividade da Justiça como exigência de Ordem Pública iria de encontro à sensação de impunidade que condenações confirmadas deixam para à sociedade na medida em que criminosos (até confessos) condenados permanecem em liberdade, acarretando um distanciamento temporal entre a prática de um delito e sua punição, reduzindo a sensação geral de inefetividade do sistema e descrença no Judiciário.

## 3.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No ano de 2016, o principal argumento dos cinco ministros contrários à prisão em segunda instância foi de que a Constituição Federal de 1988, correlaciona a presunção de inocência ao trânsito em julgado. Nesse sentido, o princípio de presunção de inocência – previsto no art. 5º, estabelece que "Ninguém será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", significando que o processo judicial deveria se esgotar antes da prisão do réu. Nesse sentido, segundo alguns, esse é um direito constitucional que estaria sendo desrespeitado pelo novo entendimento do STF.

Entrementes, Ricardo Alves Bento (2007, p. 77), adverte que na Constituição "a presunção de inocência, não está descrita de forma expressa, demonstrando uma lacuna quanto a verdadeira amplitude da presunção de inocência". E continua argumentando que "se tal observância tivesse sido privilegiada na CRFB/1988, seria atingido as seguintes garantias: primeiro, como regra de tratamento ao acusado; segundo, como regra de interpretação e valoração de provas e por último, como razoabilidade quanto a utilização das prisões provisórias".

No entendimento de Fernando Capez (2018), o princípio da presunção de inocência também está ligado ao quesito culpabilidade, e neste sentido, o desdobra em três aspectos:

> "a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-se em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual". (CAPEZ, 2018, p. 79)

Outro argumento, é que, grande parte dos Juristas também reconhece a necessidade de medidas mais efetivas na seara penal, as quais venham a combater a impunidade e a criminalidade crescente. Porém, tal necessidade de efetividade não pode vir a sobressaltos e ferindo texto constitucional.

Destarte, ainda que concordem que a prisão já em segunda instância seria um bom remédio para combater a sensação de impunidade, argumentam os juristas que a mudança deve vir a partir do texto constitucional, e não de uma reinterpretação, por parte do STF, de um princípio constitucional de interpretação literal.

O professor Lopes Júnior (2016), por sua vez, explica sua posição de contrariedade com a decisão do STF comparando duas formas de conceito da culpabilidade, uma sob a ótica normativa e outra sobre a ótica fática, esclarecendo que, em nosso sistema pátrio, o princípio da presunção da inocência como norteador do processo penal, está associado à ótica normativa de culpa,



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

diferentemente do adotado, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde o princípio da inocência está a reger o processo penal assentado no paradigma do controle social do delito, o qual se estrutura num conceito de culpabilidade fática.

Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de inocência exerce o papel de princípio orientador da persecução penal em vertentes de defesa ao ônus e produção da prova bem como diretriz de tratamento ligada a dignidade do imputado como pessoa humana de direito, estabelecendo uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu, devendo ser considerada, portanto, como o verdadeiro limite democrático à abusiva exploração do processo judicial.

### 3.3 JURISPRUDÊNCIA ADOTADA ATUALMENTE

Foram ajuizadas as ADCs 43, 44 e 54 pelo PEN - Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB - Partido Comunista do Brasil, com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A questão jurídica tem por base, justamente, o que versa a Constituição sobre a culpabilidade só se concretizar após o trânsito em julgado, além da previsão legal de que ninguém poderá ser preso sem que tenha sido considerado culpado mediante sentença penal condenatória, que é quando será determinada não só a pena, mas será fixado o regime de cumprimento desta e uma eventual prescrição. Desse modo, dentre os argumentos dos contrários à prisão em segunda instância, executar antecipadamente e provisoriamente uma pena, poderia impor equivocadamente um regime fechado a quem não lhe faz jus, ou, pior, prender um inocente.

Com o julgamento iniciado em 24 de outubro de 2019, o julgamento das ADSc, levou cinco sessões para ser concluído, em 07 de novembro de 2019, por 6 votos a 5, sendo, o voto de minerva, dado pelo ministro Dias Toffoli, contrariando o entendimento de 2016, ao condicionar o início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, contra a execução antecipada da pena.

O desfecho é uma derrota para a Operação Lava Jato, que fez da prisão antes de transitado em julgado um símbolo contra a impunidade. Vale ressaltar, porém, que a decisão não levará à soltura automática de detentos, cabendo, portanto, aos juízes de execução de cada caso aplicar o novo entendimento após manifestação das defesas e do Ministério Público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No entanto, há de se convir que a decisão poderá beneficiar milhares de presos provisórios, contribuindo, assim, para a redução da superlotação do sistema carcerário, que, em sua maioria, segundo dados do CNJ, é composta por presos condenados em segunda instância, sem que estejam esgotadas as possibilidades de recurso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de execução da prisão quando ainda restam possibilidade de recursos em outras instâncias, também conhecida como prisão em segunda instância, sempre que em pauta, constitui em tema de grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro.

Durante a realização do presente estudo, o instituto da prisão em segunda instância se tornou, novamente, alvo de votação no STF, motivada pela impetração de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade, apresentadas pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelos partidos PC do B e Patriota, antigo PEN, criando a possiblidade de se firmar um novo entendimento jurisprudencial acerca da prisão em segunda instância e, assim, reacendendo os debates acerca da constitucionalidade de tal presunção, com uma parte da doutrina se posicionado a favor e outra parte, se colocando contrária.

Finda a votação, apesar dos aspectos favoráveis à prisão em segunda instância, o STF decidiu por revogar a jurisprudência anterior, de 2016, posicionando-se, assim, contra a prisão em segunda instância. Por 6 votos a 5, o STF mudou o entendimento anterior e definiu a inconstitucionalidade da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância.

Dessa forma, além do ex-presidente Lula, cerca de 4,8 mil presos provisórios podem ser beneficiados com uma mudança de entendimento do Supremo sobre o tema, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça.

No entanto, a decisão é controversa e não recebeu boa aceitação por parte da doutrina, tendo em vista o consenso de que a utilização de recursos legais, mesmo que fundamentados em princípios constitucionais, não deve ser utilizado de escudo protetor para a impunidade, no intuito de se utilizar os meios processuais legais para protelar o cumprimento da sentença penal condenatória, de modo que, muito embora os recursos sejam de extrema importância, estes devem atingir a devida justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fazer uso deste meio processual, se valendo da morosidade que, usualmente, acomete o sistema judiciário, em virtude do quantitativo extenso de processos é, não somente, faltar com a boa-fé e a moralidade, é ser, também, antiético, e tal fato deve ser combatido, para que possa dar vazão à verdadeira Justiça sendo aplica de forma coerente e honesta.

A valoração do direito que se venha assegurar, tanto por parte da pessoa condenada, como por parte da sociedade em obter a justa aplicação da lei e a pacificação social, deverá ser interpretada a partir do caso concreto, devendo ocorrer uma relativização ao princípio da não culpabilidade quando restar evidente a não aplicabilidade da lei em razão da utilização de subterfúgios para se alcançar a prescrição.

Por conseguinte, a relativização do princípio da inocência, ou da não culpabilidade, deve ser aplicada com a máxima cautela, não podendo se tornar uma regra aplicada indistintamente, sob pena de ocasionar sérios riscos às garantias constitucionais ao possibilitar a abertura para interpretações prejudiciais ao elo mais fraco, representado pelo indivíduo perante a força estatal.

Assim sendo, entende-se que a aplicação da relativização do princípio da inocência ou princípio da não culpabilidade deve se dar apenas quando da análise do caso concreto, nos casos em que restar evidente a intenção protelatória que vise alcançar unicamente a prescrição, já que o alcance e dimensão a ser atingida pelo STF, com o posicionamento de guardião da Constituição Federal, deverá se dar em toda sua amplitude.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Código Penal: lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. http://www2.planalto.gov.br. Acesso em 12 de agosto de 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. http://www2.planalto.gov.br, acesso em 12 de out. 2019.

_____. STF. HC 126292/SP. Min. Eros Graus. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf. Acesso em 15 de out. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FRAGOSO, Marcelo Dias. A execução provisória da pena e o princípio da não culpabilidade segundo o Supremo Tribunal Federal. Disponível em https://jus.com.br/artigos/74635/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-nao-culpabilidade-segundo-o-supremo-tribunal-federal/2. Acesso em 10 de out. de 2019.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Contraditório e ampla defesa. Curitiba: Juruá, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico-. Acesso em 23 de out. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAIZ. Breno Ferreira. O Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e a Constitucionalidade da Execução da Pena após Julgamento por Órgão de segundo Grau de Jurisdição. Revista Síntese do Direito Penal e Processual Penal. V. 18, Nº 103. Ab/Maio 207. Porto Alegre: Síntese.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431-432.
SOUZA, Luciana Estral de; MOREIRA, Leite Moreira; ANANIAS, Delson da Silva; LEOBET, Murilo Castañon. As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo.

---

[1] Mestre em Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direitos Humanos pela Academia de Direitos Humanos da Washington College of Law - American University.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SEUS LIMITES SOBRE A ATUAÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

**DENISE KOBASHI SILVA:**
Mestranda, tabeliã de notas e protesto de santa isabel/SP.

**RESUMO:** O presente artigo tem a finalidade de abordar o Conselho Nacional de Justiça, órgão criado pela emenda 45/2004 e constante do artigo 103-B da Constituição Federal, e sua relação e limites com a atuação desempenhada pelas serventias extrajudiciais, previstas no artigo 236 da Constituição Federal, sendo administradas pelo particular por meio de delegação do Poder Público.

**Palavras chave**: Conselho Nacional de Justiça; Serventias Extrajudiciais; Limites atuação serventias extrajudiciais, normatização Conselho Nacional de Justiça.

**ABSTRACT:** The present article will approach the so called Conselho Nacional de Justiça, created by the 45/2004 amendment and displayed on article 103-B of our Constitution, and its relation and limits with notaries and their extra judicial offices, that are defined on article 236 of the Constitution, being managed by delegation of Public authorities

**Key words:** Conselho Nacional de Justiça, Extra judicial offices, Limits for extra judicial offices, Regulation by the Conselho Nacional de Justiça

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 103-B, instituiu por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Trata-se de um órgão voltado para o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, bem como recebimento de reclamações e expedição de recomendações e provimentos direcionados às serventias extrajudiciais, dentre outras funções que serão a seguir estudadas (BRASIL, 2004).

A criação e atuação do Conselho Nacional de Justiça passou por momentos iniciais de muitos questionamentos, críticas e resistências, inclusive quanto ao critério de escolha de membros para sua composição.

Com o passar dos anos, a atuação do CNJ vem demonstrando diversos resultados práticos e objetivos, como o fornecimento de diversos dados estatísticos que auxiliam a mapear as dificuldades enfrentadas nas diferentes regiões do país relacionadas à administração da Justiça, fiscalizando e até mesmo, quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

necessário, punindo membros do Poder Judiciário e também das serventias delegadas, bem como regulando as atividades nesse âmbito extrajudicial.

Nesse artigo, analisaremos o contexto da atuação e regulação do Conselho Nacional de Justiça em âmbito nacional em relação às serventias extrajudiciais, delegadas ao particular pelo Poder Público, que atuam com independência mas sempre adstritos aos preceitos legais vigentes.

Será inicialmente abordado o Conselho Nacional de Justiça, o cenário de sua criação, composição, funções e forma de atuação.

Em seguida, serão estudadas as serventias extrajudiciais, como se dá sua organização, funcionalidade, regras a que se submetem e limites que devem observar para atingir os objetivos pelos quais justificam sua existência e funcionamento.

Por fim, veremos como a normatização realizada pelo Conselho Nacional de Justiça afeta as serventias extrajudiciais, e se a forma como essa relação vem se desenvolvendo está dentro de parâmetros de atuação que obedecem à legalidade e eficiência almejados.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça foi criado Emenda Constitucional número 45/2004, e seu Regimento Interno traz a definição:

> Art. 1º O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, instalado no dia 14 de junho de 2005, órgão do Poder Judiciário com atuação em todo o território nacional, com sede em Brasília-DF, compõe-se de quinze membros, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal (Regimento Interno CNJ). (BRASIL, 2004).

Trata-se de órgão fiscalizador do Poder Judiciário, composto por 15 membros- sendo 9 vindos da Magistratura- Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Justiça Federal (primeira e segunda instância) e Justiça Estadual (primeira e segunda instância), e outros 6 originários do Ministério Público, Advocacia e cidadãos indicados pelo Poder Legislativo, como abaixo elencados:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 2004).

A criação do Conselho Nacional de Justiça foi objeto de questionamento e análise na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3667, de 2005, proposta pela Associação Brasileira dos Magistrados Brasileiros (AMB). Coube aos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) a decisão, e consideraram que tal órgão seria constitucional. Desta feita, por maioria de sete votos, o plenário declarou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3367, a qual contestava a criação do Conselho, como órgão independente para fiscalizar e propor políticas públicas para o Poder Judiciário.

Nessa ADI, o relator da matéria, ministro Cezar Peluso, votou pela improcedência total da ADI, e em seu voto fundamentou não haver ofensa aos princípios constitucionais de separação dos Poderes e violação ao Pacto Federativo, como segue abaixo transcrito:

> Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê a priori como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros. (BRASIL, s.d., p. 9).

Com relação à suposta violação que poderia haver em relação ao pacto federativo, afirma o relator em seu voto:

> O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, 57 Entrevista concedida ao Jornal de Brasília, em 22.09.1995. 58 Entrevista concedida ao Jornal do Brasil, em 26.12.1994. 36 SEM REVISÃO senão por metáforas e metonímias, "Judiciários estaduais" ao lado de um "Judiciário federal". A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. (BRASIL, s.d., p. 36).

O relator ressaltou, ainda, em seu voto, sobre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, que seriam de duas ordens:

> Como já referi, são duas, em suma, as ordens de atribuições conferidas ao Conselho pela Emenda Constitucional nº 45/2004: (a) o controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário, e (b) o controle ético-disciplinar de seus membros. A primeira não atinge o autogoverno do Judiciário. Da totalidade das competências privativas dos tribunais, objeto do disposto no art. 96 da Constituição da República, nenhuma lhes foi castrada a esses órgãos, que continuarão a exercê-las todas com plenitude e exclusividade. [...] De modo que, sem profanar os limites constitucionais da independência do Judiciário, agiu dentro de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papel de fiscal das atividades administrativa e financeira daquele Poder. A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. (BRASIL, s.d., p. 24-25).

Dessa forma, resta claro que para o ministro Peluso, referida ação demonstrou a legítima preocupação da AMB de que a criação do Conselho Nacional de Justiça representasse risco à independência do Poder Judiciário. No entanto, o ministro observou que referido Conselho não possuiria competência jurisdicional, ou seja, não exerceria função capaz de interferir no desempenho da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

função típica do Judiciário. No entanto, o ministro observou que referido Conselho não possuiria jurisdicional, ou seja, não exerceria função capaz de interferir no desempenho da função típica do Judiciário, de modo que a autonomia e independência do Judiciário não se confundiriam com seu isolamento social.

Assim, ao CNJ coube, além de uma função política de aprimoramento do Judiciário, segundo o ministro Cezar Peluso, uma função de órgão superior capaz de lidar e mediar problemas que se referissem à crise de poder vivida atualmente, sem extrapolar os limites constitucionais que lhe haviam sido atribuídos:

> De modo que, sem profanar os limites constitucionais da independência do Judiciário, agiu dentro de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papel de fiscal das atividades administrativa e financeira daquele Poder. A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. São antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, no limite de suas responsabilidades constitucionais, dêem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder. (BRASIL, s.d., p. 24).

No que diz respeito à composição do Conselho Nacional de Justiça, o qual, como visto, é formado por juízes em sua maioria, mas conta também com a participação de outros membros, o ministro Cezar Peluso esclareceu:

> [...] pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder. (BRASIL, s.d., p. 28).

Dessa forma, a finalidade almejada com a participação de não membros juízes no CNJ contribuiria para uma melhor análise e fiscalização dos casos que lhe forem porventura submetidos, de modo a garantir um sistema mais imparcial. A preocupação de que isso seja usado de forma negativa e como instrumento de dominação política cede espaço à ponderação de que o exercício do poder disciplinar segue o princípio da legalidade. Ademais, a maioria qualificada dos



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

membros continua sendo composta por juízes, os quais passaram previamente pelo crivo de exames rigorosos de aprovação em concursos públicos e são submetidos, em sua atividade laboral diária, à imparcialidade e legalidade no exercício de suas funções.

> O real temor gerado pela presença de não-magistrados no Conselho Nacional de Justiça está em que sua fiscalização ético-disciplinar, num plano de superposição, transponha os horizontes constitucionais e legais, transformando-se em instrumento de dominação política da magistratura. Não se deve baratear tão válida preocupação de que um controle arbitrário corrompa as condições e garantias de imparcialidade dos juízes e, como tal, desnature a Jurisdição. Mas não se deve tampouco sobreestimá-la, nem ceder a puras fantasias, como se não dispusesse o sistema de mecanismos aptos de defesa, com força bastante para neutralizar riscos teóricos. Neste passo, vale a pena chamar a atenção para o fato de que a própria Emenda Constitucional nº 45/2004 contém provisões adequadas a garantir que o exercício do poder disciplinar se paute por critérios de rigorosa legalidade. Relembre-se, ainda uma vez, que a maioria qualificada de membros do Conselho é formada de juízes e, pois, de pessoas insuspeitas à magistratura, aprovadas e experimentadas no ofício de aplicar a lei. Donde é lícito crer que tal maioria constitua o primeiro elemento regulador da retidão e legitimidade do uso do poder de controle atribuído ao órgão. Acresça-se-lhe a circunstância, não menos significativa, de que a função de Ministro-Corregedor é destinada ao Ministro representante do Superior Tribunal de Justiça (art. 103- B, § 5º). (BRASIL, s.d., p. 31-32).

Portanto, como se pôde observar, a criação do Conselho Nacional de Justiça por meio da emenda 45/2004 veio cercada de polêmicas e algumas descrenças, que ao longo dos anos de sua atuação se mostraram infundadas. Trata-se de órgão do Poder Judiciário de grande relevância, atuando na fiscalização e orientação não apenas da via jurisdicional, mas também com grande importância para as serventias extrajudiciais.

## 2.2 Serventias extrajudiciais

As serventias extrajudiciais encontram sua previsão legal na Constituição Federal, artigo 236, o qual prescreve:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
>
> § 1 Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.
>
> § 2 Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.
>
> § 3 O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. (BRASIL, 1988).

A lei mencionada que regula as atividades é a lei 8935/1994, a qual traz a definição dos serviços e dos notários:

> Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.
>
> Art. 2º (Vetado).
>
> Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. (BRASIL, 1994).

Desta forma, notários e registradores são profissionais do direito dotados de fé pública, que exercem em caráter privado a atividade, a partir de delegação do Poder Público, de serviços de organização técnica e administrativa, de modo a garantir a publicidade, autenticidade e eficácia dos atos jurídicos.

Segundo Walter Ceneviva, em seus comentários sobre a lei 8935/94:

> O serviço do tabelião se caracteriza, em seus aspectos principais, como o trabalho de compatibilizar com a lei a declaração desejada pelas partes nos negócios jurídicos se seu interesse. Coptaibilização participante e não meramente passiva, pois a declaração transposta para o documento público se destina a retratar limitações de direito, aceitas pelos participantes do ato. (CENEVIVA, 2002, p. 22).



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Resta claro que os notários atuam de forma imparcial, orientando juridicamente as partes, redigindo e formalizando sua vontade, autenticando fatos e dando a forma legal exigida ou desejada.

> Art. 6º Aos notários compete:
>
> I - formalizar juridicamente a vontade das partes;
>
> II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;
>
> III - autenticar fatos. (BRASIL, 1994).

A titularidade das serventias extrajudiciais se dá por meio de concursos de provas e títulos, é de caráter estadual e 1/3 das vagas é preenchida pelo critério de remoção e 2/3 por ingresso. À remoção podem concorrer aquelas que exerçam a titularidade de serventias extrajudiciais no Estado respectivo há mais de 2 anos.

É um serviço público que é exercido por meio de delegação ao particular, que é considerado, segundo Eduardo Socrates Castanheira Sarmento Filho, "[...] um agente público, mas não um funcionário público no sentido estrito. Não ocupa um cargo, emprego ou função dentro da hierarquia de nenhum órgão estatal" (SARMENTO FILHO, 2018, p. 147).

Quanto à natureza jurídica da atividade desempenhada por notários e registradores, mas uma vez Ceneviva traz uma definição bastante clara:

> Discutiu-se em nosso país e no exterior se o tabelião é exercente de funções parajurisdicionais ou se é um serviço. A Lei 8938/94 resolveu o problema, afirmando que notários e registradores são profissionais do direito, mas praticantes de serviço no interesse público. (CENEVIVA, 2002, p. 23).

Segundo o renomado autor, notários e registradores prestam um serviço público, que lhes é delegado e fiscalizado pelo Poder Público, seguindo princípios que serão a seguir elencados e de forma independente, como prescreve o artigo 28 da lei 8935/94.

> Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 1994).

Nessa atuação, notários e registradores devem garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Por publicidade, entende-se que os atos notariais e registrais constituem garantias fundamentais do cidadão, em face ao regime democrático do Estado de Direito adotado pela Constituição vigente, e que tem por objetivo dar amplo conhecimento de toda a sociedade dos escritos e registros públicos, satisfazendo a necessidade popular de verificação pública dos atos e negócios jurídicos celebrados ou registrados no Serviço.

O princípio da autenticidade pode ser visto como a certeza de sua autoria, e tem por objetivo afirmar que o documento que tenha a intervenção notarial ou registral é verdadeiro, em decorrência da sua fé pública. Por meio da autenticidade, pode-se afirmar que o documento, que tem por finalidade criar, extinguir ou modificar um ato ou negócio jurídico, e por consequência está apto para produzir efeitos, terá presunção relativa de veracidade. De acordo com Walter Ceneviva (2002, p. 5) a: "[...] autenticidade é a qualidade do que é confirmado por ato de autoridade: de coisa, documento ou declaração de verdadeiros. O registro cria presunção relativa de verdade" (CENEVIVA, 2002, p. 2).

Com relação à segurança, Walter Ceneviva (2002) afirma:

> A segurança, como libertação do risco, é, em parte, atingida pelos títulos notariais e pelos registros públicos. O sistema de controle dos instrumentos, notariais e registrários tende a se aperfeiçoar, para constituir malha firme e completa de informações, que terminará, em dia ainda imprevisível, a ter caráter nacional. A primeira segurança é da certeza quanto ao ato e sua eficácia. Quanto o ato não corresponder à garantia, surge o segundo elemento de segurança: a de que o patrimônio prejudicado será devidamente recomposto. (CENEVIVA, 2002, p. 26).

Notários e registradores atuam como verdadeiros guardiães do direito e do sistema de registros públicos, a fim de garantir estabilidade e segurança jurídica nas transações realizadas, nas mais diversas áreas, como direito de família, sucessões, direito contratual, controle de tributos, ect. Neste sentido, afirma Kioitsi Chicuta (1998): "A importância da segurança material ou formal não deve fazer olvidar que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

há uma segurança anterior, em grande medida conseguida através de cautelas, sem as quais a segurança documental seria vã" (CHICUTA,1998, p. 69).

Por fim, o último dos princípios constantes do artigo 1 da lei 8935/94, diz respeito à eficácia, buscada em todos os atos que são praticados por tais profissionais do direito, dotados de fé pública. Em virtude dessa fé pública, tem-se como verdadeiros os fatos afirmados nos instrumentos lavrados. Para José Renato Nalini (1998)

> [...] a terceira das finalidades dos registros públicos é a eficácia dos atos jurídicos. A eficácia abrange não só a validade, como também a vigência e a qualidade do registro. Lavrado o assento, o qual nele descrito passa a prover de condições para produzir efeitos. É ato juridicamente existente e apto a irradiar-se na completeza de suas consequências. (NALINI,1998, p. 42).

Assim, percebe-se a importância da atuação das serventias extrajudiciais em nosso contexto social, oferecendo um serviço público que garanta a seus usuários publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia.

### 2.3 Normatização do Conselho Nacional de Justiça e as serventias extrajudiciais

O Conselho Nacional de Justiça, abordado anteriormente, detém uma série de atribuições. Em relação às serventias extrajudiciais, as principais formas de atuação dizem respeito à recepção e andamento de reclamações contra as serventias delegatárias e também à expedição de recomendações, provimentos, instruções, orientações e outros atos normativos às mesmas. Nesse sentido são as previsões elencadas no artigo 8 incisos I e X de seu Regimento Interno:

> Seção II
>
> Das Atribuições do Corregedor Nacional de justiça
>
> Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
>
> I - receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado relativas aos magistrados e Tribunais e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, determinando o arquivamento sumário das anônimas, das prescritas e daquelas que se apresentem manifestamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> improcedentes ou despidas de elementos mínimos para a sua compreensão, de tudo dando ciência ao reclamante;
>
> (...)
>
> X - expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça [...]. (CNJ, 2009).

Diversos são os provimentos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça, com conteúdo normativo, e que abrangem os mais diversos temas na seara extrajudicial, como cobrança de emolumentos e usucapião extrajudicial.

Segundo Luis Paulo Aliende Ribeiro, a Corregedoria Geral de Justiça é um órgão superior do Tribunal de Justiça, com poderes de regular a atividade notarial e de registro. Tais poderes seriam o normativo, para editar comandos gerais; de outorga para a emissão de atos concretos do particular para exercício da atividade; de fiscalização; sancionatório; de conciliação e de recomendação. Sob sua ótica: "Esses poderes todos estão interligados e há necessidade dessa integração" (RIBEIRO 2011, p. 64).

Essa grande atuação do CNJ, por si só, não representaria um avanço aos limites de sua competência de atuação, que lhe vem expressa na Constituição Federal, no artigo 103-B, parágrafo 4º, I. Como transcrito acima, o Regimento Interno do CNJ também detalha quais as atribuições do Corregedor Nacional de Justiça, dentre as quais encontra-se a expedição de atos voltados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Judiciário e dos serviços auxiliares notariais e de registro, sobre matérias relacionadas à competência da Corregedoria Nacional de Justiça.

Ressaltamos ainda que, quanto a esse último aspecto mencionado, seu regulamento geral traz disposições equivalentes, determinando no artigo 14 os atos de natureza normativa do Corregedor, que se destinam ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro.

Ao CNJ compete, ainda, fiscalizar a atividade notarial e registral, e nesse contexto cabe o controle e acompanhamento da atividade desempenhada,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condução de processos administrativos, orientação e até mesmo eventuais punições.

Como já visto anteriormente, muito se discutiu quando da criação do CNJ acerca de sua constitucionalidade, inclusive na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367. Naquela ocasião, a decisão foi no sentido de que o poder regulamentar não feriria o princípio federativo e a repartição de poderes, pois *não teria função legislativa*. Veda-se, na realidade, sua atuação por meio de medidas administrativas ou normativas que sejam revestidas de abstração e generalidade, de modo que tenham como objetivo regulamentar matérias e inovar no ordenamento jurídico. Nesse sentido é a menção abaixo, do voto do Ministro relator Cezar Peluso na referida ADI:

> Ademais, o Conselho reúne as características palpáveis de órgão federal, enquanto representativo do Estado unitário, formado pela associação das unidades federadas, mas não, de órgão da União. O Conselho não é concebido nem estruturado como órgão da União, e, sim, do Poder Judiciário nacional, donde ser irrelevante que seu orçamento seja federal, pois a origem da fonte de custeio não transmuda a natureza nem a relação de pertinência do órgão no plano da separação dos Poderes, que é o plano onde se situa o critério de sua taxinomia, que nada tem com outro plano classificatório, o das unidades da federação. A inicial, aqui, incide noutro erro de ótica, pois não vê o plano lógico em que está o critério de divisão dos órgãos do mesmo Poder, só enxergando o que discerne entre as entidades elementares da federação. E é tão impróprio quanto supor que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não pudessem julgar recursos interpostos em causas da competência de órgãos jurisdicionais estaduais, ou de interesse de municípios, porque o custeio de ambos corre à conta do orçamento da União. (...) E é só órgão que ocupa, na estrutura do Poder Judiciário, posição hierárquica superior à do Conselho da Justiça Federal e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, no sentido de que tem competência para rever-lhes os atos deste e daquele. Ora, está nisso o princípio capaz de resolver, em concreto, os conflitos aparentes de competência. Por outro lado, a competência do Conselho para expedir atos regulamentares destina-se, por definição mesma de regulamento heterônomo, a fixar diretrizes para execução dos seus próprios atos, praticados nos limites de seus poderes constitucionais, como consta, aliás, do art. 103-B, § 4º, I, onde se lê: "no âmbito de sua competência". A mesma coisa é de dizer-se a respeito do poder de iniciativa de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> propostas ao Congresso Nacional (art. 103-B, § 4º, inc. VII). (BRASIL, s.d., p. 39).

Tratando mais especificamente da questão da normatização feita pelo Conselho Nacional de Justiça, cabe se questionar porque tantos provimentos são expedidos em relação às serventias notariais e de registro.

De um lado, há a preocupação do CNJ de uniformizar tais atividades, nos mais diferentes Estados do país. As normas que regem as atividades são estaduais, o que acaba gerando muitas diferenças de procedimento e de garantias individuais. Por outro lado, observou-se em muitos Estados a grande capacidade que os profissionais de direito- notários e registradores, têm para abarcar outras funções e atribuições judiciais, de forma eficiente, rápida e menos onerosa. A proliferação de concursos públicos e aprimoramento das atividades têm contribuídos bastante nesse cenário, selecionando profissionais com grande conhecimento na área e voltados a esta linha de atuação.

Por outro, o CNJ também é por vezes consultado para impor limites na forma de atuação de notários e registradores, ou seja, regulamentar até que ponto tais profissionais detêm atribuições e iniciativas para agir, dentro da legalidade que lhes é imposta. Deve-se, nesse caso, verificar quais seriam tais limites, e desde que se tratem de questões da legalidade dita e de juridicidade, a atividade desempenhada estará dentro das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal e pelo Regimento Interno do CNJ.

Há outras situações, no entanto, em que a atuação do CNJ acaba por ultrapassar os limites e atribuições que detém, e acaba por proferir decisões e normas que vão além de sua competência. Nesse contexto, questiona-se a legalidade de tais decisões e provimentos, e como as serventias extrajudiciais se situam e devem proceder.

Esse poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça já foi discutido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-MC/DF, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que o CNJ detém competência regulamentar primariamente para as matérias previstas no artigo 103-B parágrafo 4, II da Constituição Federal, e que a competência para zelar pelo artigo 37 da Constituição Federal e de baixar atos para sanar condutas que possam ser contrárias a legalidade é um dever que traz consigo a norma em abstrato. É nesse sentido o voto do Ministro Carlos Britto:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A Resolução n° 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronimica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma continua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução n° 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4o do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos principios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 3 7 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. (BRASIL, 2006).

A resolução 07/05 trata do nepotismo, e disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

Observamos que os argumentos apresentados por Carlos Britto em seu voto se baseiam na limitação da atuação do Conselho Nacional de Justiça, autorizados a expedição de atos meramente regulamentares, como prevê a Constituição Federal. Nesse sentido, muito autores como Lenio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet acreditam que a matéria deva ser enfrentada independentemente de seu mérito das resoluções, partindo da necessária discussão acerca dos limites para a expedição desses atos regulamentares.

Não se poderia, sob esse ponto de vista, admitir que os Conselhos pudessem, mediante a expedição de atos regulamentares- ou resoluções, suprimir o Poder Legislativo e a atividade típica que lhe é inerente. A Constituição Federal apenas delegou ao CNJ atribuição para, ao editar resoluções e provimentos, romper em certa medida o princípio da reserva de lei. No entanto, tais resoluções não gozam da mesma hierarquia de uma lei, pois essas são advindas do Poder Legislativo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa e não podem, de forma alguma, inovar o ordenamento jurídico ou contrariar dispositivos legais.

Dessa forma, percebe-se que o poder regulamentar do CNJ encontra-se limitado na impossibilidade de inovar no ordenamento jurídico. Entretanto, o CNJ vem editando resoluções que tratam de matérias diretamente importantes para os serviços notariais e de registro, sem o devido processo legislativo reservado à criação de leis, com observância das garantias constitucionais.

Nesse contexto, constatamos a crescente a desjudicialização, em que diversas atribuições vêm sendo transferidas às serventias extrajudiciais, como separações, divórcio e partilha, por meio da lei 11441/2007 (BRASIL, 2007). E isso contribuiu ainda mais para a atuação regulamentadora do CNJ, que à época editou a Resolução 35/2007, regulamentando referida lei.

Como já mencionado anteriormente, a diversidade existente entre os diversos Estados do país torna difícil a missão de se tentar uniformizar regras e procedimentos.

Deve-se ter cuidado para que os serviços notariais e de registro não sejam utilizados como forma política para efetivar direitos, inovando no ordenamento jurídico.

É evidente que notários e registradores têm papel relevante na efetivação de direitos, mas não se pode utilizá-los como ferramenta para suprimir lacunas jurídicas ou legais e violar o devido processo legislativo.

A atividade fundamental desses profissionais de direito permanece sendo a qualificação de partes e formalização de sua vontade, e são fundamentais para o fluxo jurídico e desenvolvimento econômico do país, trazendo segurança jurídica e eficiência nos atos em que participa.

## CONCLUSÃO

O artigo abordou o Conselho Nacional de Justiça e sua relação e limites com a atuação desempenhada pelas serventias extrajudiciais, previstas no artigo 236 da Constituição Federal.

A atuação do CNJ, importante órgão para a manutenção do equilíbrio do Poder Judiciário e dos serviços extrajudiciais, fiscalizando e regulamentado as atividades, requer uma análise cuidadosa, a fim de que cumpra esses objetivos de sua criação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vimos que dentre os poderes conferidos ao CNJ está o de editar orientações, normas e regulamentos, que irão nortear a atividade das serventias extrajudiciais. Tal deve ocorrer, entretanto, em observância ao princípio da reserva de lei, não se podendo inovar ou criar leis no ordenamento jurídico por meio de tais instrumentos, respeitando o rito legal e a competência do Poder Legislativo na elaboração das leis.

A Constituição Federal delegou poderes de regulamentação ao CNJ para atos de menor amplitude e que visam uniformizar entendimentos e procedimentos nos diversos Estados do país, de modo que a população tenha garantidos os seus direitos e sejam atendidas satisfatoriamente nas serventias extrajudiciais. Não se poderá, como visto, inovar no ordenamento jurídico ou contrariar dispositivos legais por meio desse poder conferido ao CNJ.

A criação do CNJ, passados os anos e preocupações iniciais, mostrou-se relevante no cenário nacional, trazendo maior equilíbrio por meio de atividades preventivas de orientação, da fiscalização e da regulamentação, dentro das limitações estudadas. Isso reflete diretamente na população, que tem a garantia de maior acesso ao direito e à Justiça a que faz jus.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **D.O.U.** 191-a de 05/10/1988, p.1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). **D.O.** de 21/11/1994, p. 17500. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional, nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **D.O.U.** de 31/12/2004, p. 9. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Coord. De Análise de Jurisprudência. D.J.01.09.2006. ementário Nº 2245-1. **Med. Caut. Em Ação**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**Declaratória De Constitucionalidade 12-6 Distrito Federal.** p. 1-124. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **D.O.U.** de 05/01/2007, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1. **Voto.** Distrito Federal: Relator: Ministro Cezar Peluzo, p. 9. (s.d.) Disponível em: http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoPelusoADI3367.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada:** Lei n. 893/94. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

CHICUTA, Kioitsi Chicuta. **Registros Públicos e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 69.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Resolução Nº 67**, de 3 de março de 2009. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. DOU 06.03.2009, republic. em 09.03.2009. https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=210331. Acesso em: 22 jun. 2019.

NALINI, José Renato. **Registros públicos e segurança jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 42.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. CNB-SP e a autorregulação da atividade. In: Vinicius Vieira. (Org.). **Revista de Direito Notarial**, nº 3, v. 3. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011, p. 55-73.

SARMENTO FILHO, Eduardo Socrates Castanheira. A autonomia dos delegatários de serviços notariais e de registro diante do poder fiscalizatório do Judiciário estabelecido na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 41, v. 85, jul-dez/2018, p. 143-165.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: STF LEGISLANDO EM MATÉRIA PENAL

**ELKA TOURINHO BENICIO DOS SANTOS:** Aluna do 4º semestre do Curso de Bacharelado em Direito – Faculdade Dois de Julho.

LUCAS GABRIEL COSTA

(Orientador)

RESUMO: Após a decisão interpartis da 1º Turma do STF no âmbito do Habeas Corpus (HC) 124.306, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) a ação de controle constitucional Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 em que um dos pedidos é a descriminalização da interrupção voluntária da gestação até a 12ª (décima segunda) semana de gravidez. Ainda que constitucionalmente a apreciação da ADPF seja de competência da Suprema Corte é preciso refletirmos se compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal (STF) legislar em matéria penal, em virtude do princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes da União. Neste diapasão, somos testemunhas da contumaz inércia legislativa e a legislação vigente acerca da matéria é de 1940. Frise-se que o Direito Penal é a ultima ratio em nosso ordenamento jurídico pátrio, que o Estado brasileiro é laico e a temática aborto é de significativa complexidade e transdisciplinaridade envolvendo, dentre outras, moral, ética e bioética.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Aborto. Crimes contra a vida. Controle de Constitucionalidade. ADPF.

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. Desenvolvimento: 2.1 Espécies de aborto; 2.2 O voto vista no bojo do HC 124.306; 2.3 ADPF 442. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Elencado no rol de crimes contra vida e integrante da parte especial do Código Penal, o crime em espécie aborto traz consigo debate acalorado. Em um Estado laico, posições polarizadas são ventiladas, mas a reflexão que precisa ser feita é se de fato o Direito Penal, *ultima ratio* em nosso ordenamento jurídico pátrio, seria competente para a discussão de uma temática tão sensível e multidisciplinar. Ato contínuo, encontra-se em curso a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 que discute a (des)criminalização do aborto até a 12ª (décima segunda) semana de gestação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

## 2 DESENVOLVIMENTO

O Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – tipifica em seus artigos 124 e 126 o aborto. Ambos os tipos penais, a seguir transcritos, tem como núcleo provocar:

> "Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena - detenção, de um a três anos
>
> [...]
>
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos."

### 2.1 Espécies de aborto

São 04 (quatro) as espécies de aborto: natural, acidental, legal e típico (COÊLHO, 2019, p. 684).

O aborto natural configura-se quando problemas naturais, de saúde levam à interrupção da gestação, sem que a gestante ou outrem tenham interferido neste processo.

O aborto acidental é proveniente de um descuido ou fatores externos que acarretam o fim da gravidez.

O aborto legal não é passível de punição, como preleciona o artigo 128 do Código Penal (CP), e pode ser configurado em 03 (três) situações distintas. São elas: (i) aborto necessário, (ii) aborto humanitário e (iii) aborto em caso de anencefalia do feto.

O aborto necessário, também chamado de terapêutico, ocorre "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" – artigo 128, I, CP. Frise-se que a excludente deste inciso resguarda apenas os médicos. Caso o sujeito ativo fosse uma parteira, haveria que avocar o estado de necessidade embasado no art. 24 do CP *in verbis*:

> "Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se."

Por sua vez, o aborto humanitário ou sentimental, assentado no artigo 128, II, CP, ocorre "se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

Nesta mesma esteira, Coêlho (2019) cita entendimento jurisprudencial *in bonam partem* no caso de aborto eugenésico ou eugênico[1], mormente em virtude do sofrimento da gestante, "que se constitui no aborto de feto ou embrião quando, em face dos exames médicos, constata-se que nascerá com graves deformidades físicas ou psíquicas, não tendo a sobrevivência, entretanto, inviabilizada, em que pese, muitas vezes, possa sofrer com uma sobrevivência vegetativa." (COÊLHO, 2019, p. 690).

> "Mandado de segurança. Aborto de indicação 'eugênica'. Feto com Síndrome de Edwards. Interrupção da gravidez requerida pelos pais. Aplicação analógica, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, do art. 128, II, do Código Penal (que, destinando-se a feto saudável, claramente se aplica, com ainda maior razão, ao caso). Ordem concedida" (Mandado de Segurança nº 0162591-89.2012 – São Paulo, Rel. Francisco Bruno. 10ª Câmara de Direito Criminal. Tribunal de Justiça de São Paulo)."

Já o aborto em caso de anencefalia passou a ser descriminalizado somente após a apreciação pelo Pretório Excelso da ação de controle constitucional Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 de relatoria do Ministro Marco Aurélio. A seguir apresentamos a decisão prolatada pela Corte:

> "Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (Presidente), que a julgavam improcedente. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012."

O julgamento da ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS)[2] em 17 de junho de 2004[3], é abordado pelo premiado documentário Uma História Severina, de Débora Diniz e Eliane Brum. O documentário narra a história verídica de Severina, agricultora do interior de Pernambuco, casada, mãe de um filho de 04 (quatro) anos e gestante do segundo, que a partir de exames de pré-natal é informada que gesta um feto anencéfalo. O curta metragem, produzido em 2005, narra os efeitos da cassação pelo plenário do STF, da decisão liminar deferida monocraticamente pelo Ministro relator e, portanto, enviada ao plenário para o crivo pertinente. Severina, então grávida de 04 (quatro) meses, estava internada para a realização do aborto do feto anencéfalo, que até aquele momento prescindiria de autorização judicial, quando a liminar foi cassada pelo plenário e a matéria somente veio a ser apreciado em 2012.

Ainda no ano de 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução 1989/2012, como nos ensina Coêlho (COÊLHO, 2019, p. 689) Senão vejamos:

> "O CFM, logo posteriormente, editou em 14/5/2012 a Resolução 1989/2012, que regulamenta a conduta do médico no diagnóstico e no procedimento abortivo quando constatada a anencefalia, devendo este procedimento ser precedido de consentimento livre da gestante e de laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico."

O aborto típico refere-se as condutas tipificadas nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Elencado no rol de crimes contra a vida, possuindo como bem jurídico tutelado a vida intrauterina e, portanto, sujeito a ação penal pública incondicionada, o aborto insurge a discussão sobre em que momento a vida tem início. A doutrina majoritária entende que a vida intrauterina tem início no momento da nidação. Ou seja, a fixação do óvulo fecundado no colo uterino. Razão pela qual, segundo esta corrente de pensamento, a pílula do dia seguinte não seria abortiva já que sua atuação ocorre antes da nidação. No entanto, existe outra corrente de pensamento partidária do início da vida no momento da fecundação.

**2.2 O voto vista no bojo do HC 124.306**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No âmbito do *Habeas Corpus* (HC) 124.306, em 09 de agosto de 2016, o Ministro Relator Marco Aurélio concedeu a ordem de *Habeas Corpus*. E o Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente da 1ª Turma, pediu vista aos autos.

O Ministro Luís Roberto Barroso prolatou seu voto vista no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 124.306.

> "Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO
>
> TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.
>
> [...]
>
> A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália."

Em 29 de novembro de 2016, a 1ª Turma exarou a seguinte decisão:

> "Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que a concedia. 1ª Turma, 29.11.2016."

Nesta mesma ocasião, como preleciona o artigo 38, II, do Regimento Interno do STF a relatoria foi transferida do Ministro Marco Aurélio para o Ministro Luís Roberto Barroso[4].

Ainda que a decisão do *Habeas Corpus* (HC) 124.306 não tenha efeitos *erga omnes*, o voto vista do Ministro Luís Roberto Barroso, outrora advogado na ADPF 54, ensejou o ajuizamento da ADPF 442. Nesta ação, o pedido é para que seja descriminalizada a interrupção voluntária da gestação nas 12 (doze) primeiras semanas.

A referida ação de controle constitucional foi ajuizada pelo legitimado Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL)[5] em 08 de março de 2017, não por acaso, Dia Internacional da Mulher.

**2.3 ADPF 442**

A ADPF 442, de relatoria da Ministra Rosa Weber, tem o intuito de discutir a recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, portanto, compete ao STF, guardião da Constituição, a apreciação do mérito[6].

O Código Penal sofreu uma grande reforma no ano de 1984, destarte antes da promulgação Carta Magna em 05 de outubro de 1988. Neste interregno de pouco mais de 03 (três) décadas, segundo o Senado e a Câmara dos Deputados, detentores da contumaz função típica legislativa, em ambas as casas legislativas tramitam proposições acerca da matéria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não obstante, é necessário reflexionar se a descriminalização do aborto por intermédio da ADPF não estaria a macular o princípio constitucional da separação dos poderes. Conforme estabelece o artigo 2º da Constituição Cidadã:

> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No âmbito da ADPF 442, em 03 de agosto de 2018 e no dia útil subsequente foi realizada audiência pública. Diversos *amicus curie*[7] participaram da sessão. A figura do *amicus curie* encontra-se albergada no Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015:

> "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
>
> § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.
>
> § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.
>
> § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas".

Segundo a médica representante do Ministério da Saúde Maria de Fátima Marinho, as estatísticas da última década demostram 2.000 (duas mil) mortes em decorrência de aborto inseguro. Em contraponto, o médico Rafael Câmara, coordenador da residência médica em ginecologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), afirma que o número de mortes em decorrência de interrupção voluntária da gestação é inferior a 60 (sessenta) por ano.

De acordo com o médico Rosires Pereira de Andrade, membro da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pesquisas internacionais indicam a não ocorrência de sofrimento fetal antes da vigésima semana de gestação.

Membro da Academia Nacional de Medicina, Jorge Rezende Filho, apresenta dados estatísticos que atestam a redução nas interrupções das gestações; a França registou diminuição de 24% (vinte e quatro por cento).

De acordo com a médica Melania Amorim, representante do Instituto Paraibano de Pesquisa Joaquim Amorim Neto, são de 07 (sete) à 09 (nove) casos a cada 1.000 (mil) mulheres nos países com legislação menos restritiva. Já em países com legislação proibitiva, os casos aumentam para, por exemplo: 29 no Paquistão, 27 nas Filipinas e 43 no Quênia, seguindo o mesmo referencial de casos a cada 1.000 (mil) mulheres.

O médico do Centro de Pesquisas em Saúde Reprodutiva de Campinas, José Roberto Rodrigues Torres, afirmou que o Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, não veda a descriminalização do aborto.

Por sua vez, Lenise Aparecida Martins Garcia, docente de Biologia na Universidade de Brasília (UNB) e representante do Movimento Nacional da Cidadania pela Vida criticou o marco temporal das 12 (doze) semanas proposto na ação. A crítica foi embasa pelo argumento que países como Portugal, Reino Unido e Argentina adotaram distintos marcos temporais, demostrando assim a ausência de embasamento científico.

Ademais, o Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – põe a salvo os direitos da personalidade do nascituro em seu artigo 2º, a seguir transcrito. Some-se ao fato de ações de alimentos gravídicos já são reconhecias pela nossa legislação.

> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

## 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, a matéria é polêmica e multidisciplinar. O debate sobre a (des)criminalização do aborto perpassa as gerações. A ponderação que precisa ser feita é se, de fato, compete ao direito penal, *ultima ratio* em nosso ordenamento jurídico, este tema. Ou se ele precisa ser analisado sob o prisma da moral, da ética e da bioética. Certamente, em breve o Plenário do STF retomará a apreciação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mérito da ADPF 442. Mas, não se pode olvidar que proximamente teremos alteração na composição do Egrégio Tribunal em razão da aposentadoria compulsória dos Ministros Celso de Mello, o decano, e Marco Aurélio, respectivamente em 2020 e 2021. Ademais a isso, some-se o fato do Presidente da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara haver manifestado recentemente seu desejo em discutir a proposta de redução da idade para aposentadoria compulsória dos Ministros do STF de 75 (setenta e cinco) para 70 (setenta) anos[8].

## 4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 31 de outubro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 31 de outubro de 2019.

COÊLHO, Y. C. **Manual de Direito Penal**: Volume Único – 3ª ed. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIZIN, D; BRUM, E. **Uma história Severina.** 2005. (23m35s). Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=xEBM9iQs4e0>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

JORNAL O GLOBO. **STF abre audiência pública sobre a descriminalização do aborto.** Disponível em: < https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/stf-abre-audiencia-publica-sobre-descriminalizacao-do-aborto-1-22945098>. Acesso em 21 de outubro de 2019.

---

[1] Frise-se que o aborto eugenésico ou eugênico trata-se de conduta típica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[2] Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional legitimado em consonância com o art. 103, IX da CRFB/88.

[3] À época o advogado da CNTS era, o hoje Ministro do STF, Luís Roberto Barroso.

[4] Regimento Interno Supremo Tribunal Federal

Art. 38. O Relator é substituído:

II – pelo Ministro designado para lavrar o acórdão, quando vencido no julgamento.

[5] Partido político com representação no Congresso Nacional legitimado em consonância com o art. 103, VIII da CRFB/88

[6] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

[7] Expressão em latim cujo significado é amigo da corte.

[8] JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. Em meio à tensão institucional, CCJ prepara análise de projeto que antecipa a aposentadoria de ministros do STF. Disponível em: < https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/11/03/em-meio-a-tensao-institucional-ccj-prepara-analise-de-projeto-que-antecipa-a-aposentadoria-de-ministros-do-stf/>. Acesso em 04 de novembro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# CADÊ A AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO?

**RAMIRO FERREIRA DE FREITAS:** Advogado (OAB-CE, inscrição nº 38.063) membro de comissão temática "Ensino Jurídico" da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Crato. Mestrando em Educação, especialista em Direito das Famílias (2018) e em Direito Constitucional (2019) pela URCA (Universidade Regional do Cariri), Graduado em Direito pela mesma IES.

**RESUMO:** Aparece a figura de Constituição simbolicamente autorizada. São discutidos o papel e o caráter supremo da Lei Fundamental. Optou-se por conceber o sentido de "inspiração" como pano de fundo para a formação do imaginário e da prática implícita na maximização e divinização das normas fundantes do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise Constitucional. Democracia. Autoridade.

**ABSTRACT:** The symbolically authorized Constitution figure appears. The role and supreme character of the Fundamental Law are discussed. It was decided to conceive the meaning of "inspiration" as a backdrop for the formation of the imaginary and the practice implicit in maximizing and divinizing the founding norms of the Democratic Rule of Law.

**KEYWORDS:** Constitutional Crisis. Democracy. Authority.

**RESUMEN:** Aparece la figura de la Constitución simbólicamente autorizada. Se discute el papel y el carácter supremo de la Ley Fundamental. Se decidió concebir el significado de "inspiración" como telón de fondo para la formación de lo imaginario y la práctica implícita en maximizar y divinizar las normas fundacionales del Estado de Derecho Democrático.

**PALABRAS CLAVE**: Crisis constitucional. Democracia Autoridad.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. O PODER SIMBÓLICO DAS DECLARAÇÕES LEGAIS; 3. O ARGUMENTO SÓLIDO DA INSPIRAÇÃO CONSTITUCIONAL; 4. CRITICANDO, EM PROVISÓRIO TÉRMINO, O MONITORAMENTO HISTÓRICO: panorama geral das tentativas de "constitucionalizar" o Direito. REFER~ENCIAS.

## 1.INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"Um país dividido". Assim foi conceituado o Brasil por grandes contingentes midiáticos e partidos políticos. Dos dois lados, o ódio à corrente oposta. Digladiam-se em nome da Constituição, mas, pelas convicções que têm, não parecem entender muito bem do que essa "coisa defensável" se trata. Lutam incessantemente por votos nas eleições presidenciais de 2018, reclamam mudança e revelam desconforto. Isso é familiar nos países que gozam de instabilidade legislativa. Foi, durante o século XIX, o problema (guardadas proporções temporais e geográficas) da Prússia, conforme menciona Lassalle[1]. A escrita de um punhado de regras quase deontológicas restaria sublime, contudo, isenta das responsabilidades que uma autoridade "de carne e osso" representa, enquanto fator real de poder. Talvez o desafio maior resida no fato de quaisquer manifestações oficiais da vontade coletiva serem emanadas pelo órgão interessado redutível ao legislador humano, imperfeito e corruptível. A classe dos construtores regulamentares do ordenamento jurídico é suspeita. O intelectual duvida, teme pela racionalidade, assim como o estudioso do Direito Público se converte em imprudente, caso negligencie a constitucionalidade[2].

Vale trazer à recordação fato importante, mas, por vezes, deixado de lado: a Constituição – no Brasil – é uma lei[3] de caráter especial. Seu estilo, pois, reside mais no que se constrói a partir dela e menos do hermetismo mágico verborrágico. Passou pelo inebriante clima da redemocratização, recebeu cortes e, por certo, nunca se bastou onipotente, onipresente e onisciente. É resultado do momento histórico, busca reconhecimento e projeta garantias futuras, promessas arraigadas no voto confiante dos grupos populares – merece o apelido "Carta Cidadã".

Todavia, não há tão simples resolução do impasse: elementos pragmáticos do poder se opõem a formas jurídicas, dando respaldo a duas ordens opostas – a dos fórums, tribunais e cátedras e a das ruas, campos e classes (HESSE, 1991). Incongruências subsistem no complexo normativo, sendo óbvia a constatação de que o Direito Constitucional – e seu objeto científico de estudo, a Constituição – não podem ser reduzidos à factual constatação de situações. "Os *fatores reais do poder* que atuam no seio de cada sociedade são essa *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*." (LASSALLE, 2001, pp. 10 e 11) Simplificando, temos um ingênuo convite à conformação do real à justificação que lhe daria o ideal (dever-ser) científico, digno dos lamentos epistemológicos. Se fosse irrecuperável a mutabilidade, que relevo teria a mera fixação de palavras "sem força" numa folha de papel?

Se os exércitos e canhões[4], uma influente nobreza respeitada[5], os proprietários de grandes áreas industriais[6], os banqueiros, a consciência coletiva cristalizada na cultura vulgar[7] e "nos casos extremos e desesperados", nós – o povo[8] – formamos a única validez autoproclamada "Constituída" (com "C" maiúsculo), que exclusivamente importa se for impressa nas gráficas estatais, com tinta e celulose, perderia o sentido falar-se em "supremacia" da Lei Fundamental? A resposta é afirmativa. Mas, há livramento do cárcere teórico, fundado em disputas basilares para a existência, inclusive de um ramo técnico autônomo, a saber, o jusconstitucionalismo moderno?

Neste instante, julga-se salutar dizer que uma isolada compreensão dos fenômenos não conduzirá a respostas satisfatórias. O pluralismo será a chave cognitiva reveladora dos prováveis limites refratários do jurídico e do político. Sem embargo, não há concretude sem regras gerais que a orientem (leis físicas, morais, institucionais). Considerando a "espirituosidade" no povo e sua condição inventiva para sinalizar concepções acerca do regime, dos ordenamentos e das opiniões modulares cabíveis ao futuro nacional, nota-se exequível liberalidade na sugestiva gestação do meio-termo na matéria pública mandamental, a saber, nem tanto dirige-se o barco ao porto nebuloso das tempestuosas inclinações circunstanciais, nem tampouco se arrisca nas águas profundas de ideologias longínquas. Sabores econômicos, civilizatórios e culturais definem, em máximo contorno positivo, o resultado final de rigidez (ou flexibilidade) que se consegue imprimir à fluída unidade formal, regida simbolicamente[9]. "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade." (HESSE, 1991, p. 14). Comandar a nação requer equilíbrio que não cabe em palavras escritas e, na ambivalência, só pode prosperar quando não ficam os súditos do Estado mergulhados no acaso quotidiano da realidade, às vezes, cruel inimiga.

Voltemos[10] ao ponto de levante: a autoridade (leia-se autorização prática) da Constituição. Epístola Fundante do ente material que se pretende converter em Estado Democrático de Direito não pode confundir-se com meras proposições, dobrando-se ao arrepio do Pacto originário e contorcendo-se mediante adaptações mirabolantes da "vontade de Constituição" original. Pela "vontade de poder" não se fazem domínios perpétuos, contudo, se forem efêmeras demais as conclusões tiradas do momento histórico no qual se modifica a senda vigente, resta o caos.

De nada servirão as prolixas e extensas motivações articuladas com aparência de verdade dogmática, melhor é o simples e conciso essencial. Nem é perfeito o unitarismo centralizador, corolário do medievo, muito menos prosperou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o federalismo puro, fragmentário. O modelo posto nos Estados Unidos da América do Norte se mostrou perene até agora, sendo, consequentemente, uma referência típica ilustrando quão esparsas (momentosas exceções) se tornam revisões, emendas e "reparos" no mandamento geral, desde que os líderes locais (estaduais) exerçam costumes, decidindo segundo patamares igualmente restritos a tutelas governamentais e jurisdicionais situadas em regiões cujos valores não se misturam inteiramente – assim como água e óleo se distinguem a olho nu – aos de outra localidade. A polêmica Lassalle *versus* Hesse que exploramos é a figura de melhor alcance para dizer que um mínimo preceito, de ética e natureza, se faz obrigatório à respeitabilidade da fonte jurídica em ruptura – que é o choque fato + (somado) a prescrições. Cruzada histórica segue no recalque dos pouco inclinados à obediência do ramo publicista (fundado como frágil apêndice do Direito Privado romano) que, mormente nas sociedades latino-germânicas, avança triunfante quanto ao confronto ser/dever-ser. O dever (otimizado) transmite ao real aquela nobreza imperial de uma exultação na fé. As coisas sofrem mudanças e se mostra de bom alvitre fornecer algo duradouro, mais firme que um objeto destrutível. "A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle." (HESSE, 1991, p. 25). Mesclam-se o ser e o dever-ser, materialmente um sobrepujando e imperando sobre o outro no mesmo passo em que o segundo transborda, cristalizando sua mais-moral e contrariando, dialeticamente (a antítese da pragmática) o *status quo.* "Em suma, vê-se que de modo mais meticuloso do que Lassale, Hesse faz uma coordenação entre o fator social, o ser, e o fator jurídico, dever ser". Continuando na linha racional *supra*, vale a ênfase na repetição: "Logo, a Constituição jurídica não é mera folha de papel, como dispunha Lassale, mas sim uma interação coordenada entre a Constituição social e Constituição jurídica, que se encontram justamente na correlação acima dita". (SANTOS, 2018)

Ademais, é estéril toda legislação ordinária, decreto, medida provisória, portaria, resolução e – com reiterada acentuação – a Constituição mitigada, estilhaçada e ignorada por seus destinatários. A crise (neo)constitucional deve ser superada imediatamente, sob pena de falência.

> a constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimentos de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é „plano estrutural fundamental,



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade. (HESSE, 1998, p. 37 *apud* SOUZA NETO, 2018, p. 16)
>
> Essa "Vontade de Constituição" ainda que dependa inicialmente da boa-vontade dos atuais ocupantes do Poder, aos poucos irá adentrar na consciência coletiva da população, ocupando espaço de destaque na irradiação da normatividade inerente a uma Constituição séria (que tenha efetivamente intenção e poder de eficácia).
>
> Hoje certamente se tem a consciência de que a Constituição representa um bem imaterial imprescindível para a uma sociedade democrática. Ademais, até se acredita que ela possa mudar a realidade por meio da imposição de certos deveres, exercícios cotidianos, para o atingimento de suas finalidades. (SOUZA NETO, 2018, p. 19)

É singular dever resgatar, livrar as Constituições da periférica pré-condição de mera "profecia futurística". O engessamento pretérito da ordem constitucional ("exceção" de 1964 a 1987) cede lugar e é substituído pela democracia, centro de legitimidade pós-1988. Livre carga hermenêutica e preponderância das aberturas semânticas moldariam o gérmen simbólico da concreção "real", fortaleza do pós-moderno social-constitucionalismo "líquido" (MENÉNDEZ, 2018).

## 2.O PODER SIMBÓLICO DAS DECLARAÇÕES LEGAIS[11]

As fórmulas pelas quais o mundo ocidental veio a construir seus rumos normativos complexos são condicionadas por representações simbólicas do enérgico senso-autoridade, que granjeou, por séculos, respeito social e escopo político privilegiado. As narrativas contemporâneas sobre o momento caótico no qual se situam os ditames legiferantes, emanações do voto popular representativo (enquanto instrumento que leva, às instituições produtoras de leis, seus remetentes) ordinário da república. Toma-se, como redutível cosmovisão, o "poder constituinte" descentralizado, como tipo do "comando normativo" (originário e derivado). Toda e qualquer proposição definidora e pretensamente portadora de objetividade é suportada pelo entendimento materializado da convicção jurídica.

Nesse sentido, o Estado progressivamente ingressa como motivo de seleção, apropriação e condução dos planos politicamente avençados. "O Estado é manifestação, talvez a mais complexa, do fenômeno político que é próprio e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decorre da convivência dos homens com seus semelhantes, condição primeira de sua formação e perpetuação como espécie". (COELHO, 2014, p. 267) A dimensão idealista (Hegel), segundo a qual há uma Carta Estatal e uma fundação social realizada não prosperou, pois seu caráter aparentemente contraditório manteve isoladas as duas "metades" complementares – tese e antítese – do instinto dialético juridicamente observável. O político antecede, só em manifestação sensível, o jurídico. Não lhe é estranho nem ignora variações existenciais intersubjetivas. Saindo do pressuposto reducionista que encerra na Constituição todas as encantadoras majestades da pureza semântica, inteireza cognoscente e validade universal, ter-se-á a coletânea de espécies legais (da lei complementar à portaria ministerial) cuja eficácia poderia, muito bem, ser confundida e manifestada graças ao mesmo "comando supremo" que, em última instância, transforma as palavras declaradas naturalmente em sentenças fixas a serem obedecidas. Logo, ao "[...] poder que surge como confirmador da estrutura do Estado e que confere direitos e deveres aos cidadãos e impõe limites à própria soberania do Estado, dá-se o nome de poder constituinte." (COELHO, 2014, p. 268) E não só é esse impulso revolucionário que modela o ente governamental da nação (em democracias), mas, inclusive, todas as intervenções da ordem jurídica no regular curso dos eventos sociais. É vantajoso substituir o "constituinte" por outro termo, menos romântico e mais próximo das vivências (tanto parlamentares quanto cívicas): "poder de lei", em sentido largo.[12]

Mediante o processo unificador acima suposto, não se repreendem os alicerces da Lei Fundamental em articulação da soberania determinada pelo poder público, assistente nato das maiorias e das minorias nacionais, quando estas se encontram vulneráveis aos arbítrios letárgicos visíveis durante crises sediadas na insustentabilidade policontextural das bases políticas, que abandonam coesão[13]. O cerne do problema terminológico reside no generalista conformismo dogmático tradicional, que deifica o discurso constitucional e quer homogeneizar os interesses. É preciso fazer, como artífice motivado, uma epistemologia nova, metodologia legítima e abstraída sem excessiva ilação hipotética pseudopopular. O povo, afinal, passa de ente deontológico para ator seminal do espetáculo público.

Durante a Revolução Francesa, surgiu como cristalino rio sociológico, o duplo elemento – constituinte/constituído. Porém, não havia, no hegemônico intento classificatório do "terceiro estado", uma justificativa suficientemente resistente às pressões burguesas (clamor por liberdade, igualdade e fraternidade econômicas protoliberais) que, passados 200 anos, ditariam regimes e conduziriam governos europeus à glória ou à guerra. As reunificações na Itália e na ex-Prússia (a ser convertida e expandida como Alemanha) deram impulso à formulação dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

discursos e modelos constitucionais que, mais tarde[14], revolucionariamente, transmutaram conteúdo e material histórico em teses inclusivistas (sociais de direito) favoráveis à manutenção de certos espaços tradicionais e, por outro lado, operacionalização modernizadora dos institutos vetustos (o Parlamento, a decisão magistral). Por liberalistas tendências, obediência "contratual" recai no seio da vindicação teórica do novo Estado burguês, que não enxergará, nas massas, alguma transcendência além do óbvio trabalho maniqueísta imposto pela dualidade individuo X comunidade vazada no combate de boas práticas contra o mau encarnado nas tentativas anti-hegemonia.

A magnitude, novamente, sobranceira e simbólica da manutenção alegórica das normas (regras e princípios) gerais e, inclusive, constitucionais, é, hoje, clara. Apesar de relutâncias doutrinárias, o "acoplamento" estrutural – direito + (adicionado à) política – permite aprendizagem e diálogo entre conteúdos traduzidos pelo autofechamento (parcial) das influências recíprocas entre sistemas autônomos.

Narrativas epistêmicas, sublimadas pelo Leviatã ilustrativo (Hobbes), ordenam confusão entre limites ficcionais e realismos somáticos (profanos já no laicismo clamado) instintivos hermetismos de dominação[15]. As promessas imperiais e republicano-democráticas não foram cumpridas, o que leva, expressamente, à defesa constante da diluição constitucional repelindo, no juízo prático, fins e direitos "igualitários" redutíveis pela harmônica "vontade potencial" que se ignora ou, no mínimo, é só virtualmente um "ato consumado" no interior da dinâmica social plurinominal.

## 3.O ARGUMENTO SÓLIDO DA INSPIRAÇÃO CONSTITUCIONAL

Justificação significa enunciação de posturas, conjunto de práticas políticas jurídicas e sociais que, razoavelmente, põem "no regime", ou seja, determinam os limites e funções a serem levados adiante, a ideia de autoridade classificada como valor – democrático, autocrático ou em formação. Em seu tempo, tornar justo quer significar, também, solidificar um momento histórico, fragmento preservado dos implicados na denominada (por Hesse) "vontade de constituição"[16], que sofrerão influência das predisposições outurgadas por interpretações direcionadas a criação de fatos experimentais que, futuramente, reproduzirão (os fatos como papel concreto da vida) dever-ser nos tribunais (controle jurisdicional) e nos foros públicos (esfera cidadã).

O alcance de todo princípio, decisão e direito positivado libera um sinal: conhecer e reclamar, desde o quotidiano, um sentido para a normatização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ordinária, em geral, e para a Carta Republicana Constitucional, em particular, é parte essencial da propriedade respeitosa, porque cívica, incluída na práxis legal, que há de ser retirada do monopólio classista (poder-se-ia imaginar "jargão de elite" no formalismo jurídico) e submetida, defensivamente, a livres hermeneutas, grupos, coletividades e indivíduos plurais, outrora subalternizados.

> Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (SANTOS, 2018)

*Mens legislatoris*, eis o mito que ludibria a muitos. No caminho semiológico dos conceitos, é improvável localizar consenso sobre o universo produtor das leis. Decorrência lógica do adjetivo "legal" enquanto cosmo possível, a função abstrata de dizer o Direito (*iuris*) motiva obediência "fidedigna" ao ordenamento enquanto integração de substâncias regulares e mandamentais A sociedade Moderna e, por extensão, o modelo desenvolvimentista brasileiro, não consegue funcionar independente das corruptelas políticas e existenciais na visão fadada à tragédia. Verdadeira eficácia do Direito (sobretudo Constitucional) nem sequer transmite ao plano real sua vigorosa propriedade – uniformemente variada – e, criticamente, infere-se "recodificação" nas vertentes teóricas irreconciliáveis. Exemplo: o desmembramento constitucional proposto por Richard Albert (RIBEIRO, 2018), que, embora não seja proposta imediatamente dialogada com a conjuntura brasileira, dá respaldo a interessantes saídas "intuitivas" quanto ao desprestígio dos "fundadores inspirados" da Nova Face Redemocratizada (1985-presente)[17].

Remonta às origens do Estado Constitucional de Direito a certificação de lacunas em toda sustentação jurisdicional ou "leiga". Portanto, compreensões abertas e petrificantes determinismos em cláusulas legisladas (majoritariamente aceitas, em tese) não apresentam resistência irretocável. Isso resvala na insegurança, questionadora de tudo pretensamente encerrado, na vaporização das fontes "alquímicas" antes surpreendidas (no teísmo, na realeza) pelas revoluções de humores populares desestruturantes e hoje renascentes (no presidente idolatrado, nos redentores ungidos pelo voto) quando novas lógicas e contradições fendem o abstrato "equilíbrio das esferas celestes" que julgávamos(?) eterno. O traço redutor dessas falhas concretas, naturalizadas por anos sem vigência perfeita da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

qualificação (espaço vital) dos meios e fins nacionais brasileiros, seria controle de constitucionalidade, uma intervenção brusca no rumo das coisas.

Falar em controle da vinculação constitucional obrigatória na formatação, tramitação, promulgação, publicação e entrada de leis (ou atos normativos equiparados a espécies coercivas) é dizer que a Constituição projeta-se sobre todos os ramos do Direito e, em último arremate, que há constitucionalização das searas públicas (tributária, penal, internacional humanitária, etc) e particulares (questões civis de foro íntimo). Originalmente, prevalecia o tipo difuso de confrontação entre duas expressões legisladas – a critério do julgador restava assinalada a "verdade" nos casos levados à Corte. Segue o relógio das épocas e, no século XX será premiada a concentração dos feitos cuja natureza rogava por uma especialização máxima nos conhecimentos e tratamentos "interdisciplinares" (Direito/Política) umbilicalmente amarrados nas Cartas Régias (Constituições de tantas virtudes e ilusões quantos são os países e dilemas terrestres): eis o poder concentrado nos Supremos Tribunais, recinto-mor da justificação hierarquicamente superior à justiça "comum". Tendências (multifocais ou mistas) aportam no mundo contemporâneo, inclusive auxiliando, com peças repostas, a montar um quebra-cabeça latino-americano – em disputa, as correntes americana e europeia – dependente das repercussões locais atribuídas ao neoconstitucionalismo. O Brasil, vale a digressão, adota movimento "dual", a saber, utiliza tanto uma moderação hermenêutica liberalizante, que permite incidental nulidade "entre partes" de expressão contrária ao Texto Maior a ser declarada segundo juízos e tribunais "menores", quanto a declaração direta de (in)constitucionalidade do diploma nocivo, que será (o erro do legislador ou administrador) eliminado[18] pelo Supremo Tribunal Federal. Isso enriquece o repertório de tautologias e distorções internas no campo das decisões oriundas, tanto do próprio STF quanto dos fóruns localizados em comarcas e varas das mais de cinco mil cidades localizadas em território federado pátrio.

Nenhuma opção antagônica à concorrente e, muito menos a mistura generalizada de ambas, satisfaz a coletividade cidadã. O liberalismo elitista e a pragmática ética conservadora da eleição semidireta resumida no ritual do voto merecem ser afetados por quebra radical. A solidez da "representação argumentativa" (Robert Alexy nas palavras de Roberto Gargarella, este último citado por MURILLO, 2018, p. 113) é arrimo ontológico do Constitucionalismo Popular, que não tem uma resposta trancada argumentativamente correta, contudo divide-se em tantas quantas forem as deliberações necessárias, sem abandonar o respeito à transcendente organização processualmente "imparcial"[19] (sem desvirtuar o debate democrático nem discriminar diferentes pontos de vista) implicada na ação de todos os afetados pela excelsa Autoridade Interpessoal sobre o mundo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

epistêmico da vida, planeta tão próximo e, sem remédio, tão distanciado pela fina incisão "negra" reposta na geracional dúvida – como se traduzirá a memória.

## 4.CRITICANDO, EM PROVISÓRIO TÉRMINO, O MONITORAMENTO HISTÓRICO: panorama geral das tentativas de "constitucionalizar" o Direito

Compreender o ofício historiográfico, ciência que escreve e lê vidas (batalhas, vitórias, fracassos e cotidiano) é incumbência demasiadamente conflituosa. Sentem-se, os atores em sua época, personagens da arena existencial ("nós" presentes e "eles", os pais-fundadores), vítimas da omissão ou do acaso arbitrário que o historiador às vezes, inconscientemente, teima em manter. Advertimos, porque não fazemos parte do rol especialista na recomposição documental, fraqueza pela advertência que um tópico de ensaio conforma: generalização, sempre a velha tentativa de dizer tudo simplesmente. Como soi acontecer no labor jurídico, também aqui a história é invocada para "ligar" traços subjacentes nas tratativas *politológicas* (neologismo?) do mundo constitucionalizado. Os pioneiros (tribos hebreias pré-romanas) e, no Brasil, o império (coroado sob tutela norte-americana em 1824 graças à criatividade do poder moderador) não se distinguem tanto pelos séculos quanto são comparáveis na medida das suas instrumentalidades locais.

Cronologicamente, há quem tente definir Constituição absolutamente, relativamente, positivamente, idealmente. Mas, seja qual for o modelo selecionado em cada região do globo, as origens parecem-nos fluentes *insights* cuja pertinência satisfaria, derradeiramente, o ambicioso "querer" da autoridade orgânica, explicada tão-so por ela mesma. Nessa busca filosófica (e filológica) da "totalidade" monolítica do Estado – mero rebento das necessidades temporais –, os alemães (SCHMITT, 2003) legaram pontos sobressalentes que, sem prejuízo das limitações, até hoje acham-se reproduzidas nos manuais direcionados a estudantes de graduação e pós-graduação. É clássico o entendimento de nascimento da constituição (a) mediante imposição unilateral do agente encorpado no Poder Constituinte ou (b) através do pacto entre vários entes.

Constituição e Estado foram gestados juntos. Durante a "fase dos segmentos" (suspiros finais do medievo – séculos XIII a XVI), as classes pouco a pouco perdem identidade genealógica e vão constituindo uma "contratualização" dos módulos administrativos privados. O velho cânone hierárquico (se quisermos, publicamente embrionário, enquanto regente das vidas homogêneas) paulatinamente vai perder substância em favor das transformações disciplinares e do liberalismo vindouro. "La unidad política como tal, se había hecho problemática

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

en la realidad y en la conciencia. La vieja constitución feudal militar se había disuelto, haciéndose independentes en gran medida los vasallos." (SCHMITT, 2003, p. 66) A Magna Carta inglesa de 15 de julho de 1215 é marco da nova fase "ensolarada" que o Direito viverá, melhor ainda, dos limites que notarão a sinfônica ordem projetada à moda heterocompositiva. O Rei (ente sacro do governo, hoje) suportará concessões (direitos e deveres previamente postos à fronte do homem comum) para sobreviver. Essa trama parece, grosso-modo, ser a longa trajetória das alegadas "invasões" do Direito Público, leia-se, Constitucional(izado), na propriedade agrária, familiar, moral, corporal do cidadão moderno, legatário do Renascentismo pré e pós-industrial.

Fragmentárias ou gregárias, as situações alternativas fazem do constitucionalizado um valor menos ou mais forte, respectivamente. O Brasil, com experiências insólitas (sete Cartas materialmente rasas, esporádicas – Diplomas Supremos em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 – e uma fratura expositiva do hiato 1969-1987) impressiona, quando comparado a centenária federação, liderança dos Estados Unidos. Estabilidade ao norte, golpes ao sul. É inviável traçar um encadeamento lógico para representar as "escolhas de ação inovadora" em cada momento ímpar. Nem sempre os ainseios populares eram efervescentes, nem sempre o Poder emanado dos Chefes (de Governo e Estado) comprovou real motivação para alterar o s*tatus*. Por isso mesmo as tímidas lições doutrinárias fundamentadoras do itinerário "glorioso" nas Grandes-Normas jamais convergiram. Falta coesão.

Dinâmica ramificação dos domínios de validade captados pelos estados-nações problematizam querelas e "sugam" energias que, no caso da libertação constitucional em voga, acumulariam e construiriam abordagens totalizantes, includentes até o topo dos direitos fundamentais. As instituições, produtos das ansiedades setoriais gradualmente modificadas, permanecem inauditas, esperando "diferenciação funcional" perfeita (na Sociologia). O curso das formas temporais não é retilíneo, curvando-se procedimentalmente. Fazer a diferença, no sentido empírico das vivências pretéritas bem aproveitadas, significa olhar o racional futuro como se aprendizado anterior dirigisse certeza na posterior realização (alimentação heterotrófica do sistema formalmente constituído) da ideia geral bem-estar. O que importa, no fundo, está na superação do posto, enxergar além das sinopses românticas (heróis das conquistas parlamentares ou corporativistas foram desmascarados), indo contra as fantasias, aproveitando críticas sem esquecer – nem saudosamente imitar – o eterno retorno das pulsões "espontâneas" juridicamente coordenado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dada a colisão dos fatos (pré-história, Idades registradas e, hodiernamente, sessões televisionadas marcantes, dignas da internauta opinião "senso comum"), limitar-se a datas é consecução de objetivo supérfluo quando única ferramenta debatida. Autores já fizeram, magistralmente, conexão entre razão e decisão (os romanistas) e, nas Faculdades de Direito, a análise propedêutica enfrenta, apesar das restrições, mais preceitos metodológicos reveladores das sendas (pontes) caóticas entre "ontem" e "hoje". Os codificados instantes da Constituição servem, testados, para ofensivas e sanções improváveis, metáforas ocultas na resignificação frenética do longevo amanhã.

## 5. REFERÊNCIAS

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. O poder constituinte e a construção das utopias: suas possibilidades e limites. In: **RIPE – revista do instituto de pesquisas e estudos**, vol. 48, n. 62, pp. 264-288, 2014.

FORERO-MEDINA, Henry; SANDOVAL, José Daniel Fonseca. El poder constituyente como categoría sociopolítica potente. In: **Contemporânea – revista de ética e filosofia política**, vol. 4, n. 1, pp. 54-86, jan/jun, 2018. Disponível em: <https://revistacontemporanea.fafica-pe.edu.br/index.php/contemporanea/article/viewFile/60/54>. Acessado em 07. ago. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI. In: **Revista da AJURIS**, v. 45, n. 144, pp. 529-555, junho, 2018. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/908/Ajuris-144-DT%2018.pdf>. Acessado em 20. ago. 2018.

MURILLO, Alfonso Renato Vargas. Un acercamiento al problema de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad desde la teoría de la democracia deliberativa. In: **Revista de derecho público**, a. 27, n. 53, pp. 105-120, Julio/2018.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. **A força normativa da constituição:** sociedade, direito e garantias fundamentais. 2018. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/412274>. Acessado em 19. set. 2018.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. 1. ed. 4. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. **A força normativa da constituição, judicialização das políticas públicas e o compromisso significativo.** 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2446/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Gentil%20Ferreira%20de%20Souza%20Neto_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1>. Acessado em 14. ago. 2018.

---

[1] Em *A Essência da Constituição*, um célebre opúsculo dirigido ao público leigo e aos líderes sindicais, fica patente o pessimismo. "Lassalle não mostra muito otimismo com as possibilidades e potencialidades do povo desorganizado: os servidores do povo são retóricos, os dos governantes são práticos utilitários e oportunistas." (LASSALLE, 2001, p. xvi).

[2] "Desacredita da capacidade do legislativo para emendar as constituições, porque provocará sempre reações, da mesma forma que desacredita que as assembleias nacionais – que em um único momento ele [Lassalle] chama de assembleia constituinte – possam romper o trágico drama das contradições entre as forças que apoiam a Constituição real e a consciência nacional rebelada." (LASSALLE, 2001, p. xviii) Ora, a flagrante crise da tripartição dos poderes (Montesquieu) não é tão antiga quanto poderiam pensar nossos jovens, recém-lançados nos bancos de bacharelado. Bem diferentemente, vozes bradavam censurando tal diretriz já no momento revolucionário francês (1789) e seguem mesmo hoje (2019).

[3] Prova disso é que não se trata de imutável consagração principiológica nem de livro teológico, segundo demonstram inúmeras emendas e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

[4] Cfr. LASSALLE, 2001, p. 12.

[5] Cfr. LASSALLE, 2001, p. 13.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[6] Cfr. LASSALLE, 2001, p. 14.

[7]Cfr. LASSALLE, 2001, p. 16.

[8] Cfr. LASSALLE, 2001, p. 17.

[9] No próximo item, ficará mais claro o entendimento dos "símbolos".

[10] Em certos momentos, a linguagem pessoal é colocada. Isso ocorre para inserir o leitor no franco diálogo com o autor destas linhas, pois não há objetividade nem subjetividade absolutas em ciências humanas, mormente, nas produções delas servidas.

[11] Remete-se o leitor interessado no aprofundamento temático à obra, clássica por sua modernidade, *A Constitucionalização Simbólica*, de Marcelo Neves (1994), que resgata, partindo do sociólogo alemão Niklas Luhmann e sua teoria sistêmica, a crítica sobre interfaces política-justiça que violam flagrantemente a neutralidade ideológica relativa que o Estado presume guardar. Nesta pesquisa, optou-se por outro trajeto. Não se levou às últimas consequências a separação entre "legislação simbólica" e "constituição simbólica".

[12] Ou "força de lei", noutro sentido, mais filológico, conforme sugere Jacques Derrida em seminal livro que não pôde ser consultado nesta ocasião.

[13] *"O poder constituinte seria então atributo da nação e expressão de sua soberania e que ao elaborar uma Constituição não estaria preso a limites preexistentes".* (COELHO, 2014, p. 268) Inexiste, pois, uma clara distinção entre as naturezas a) da cinergia geratriz que conduz um povo à sua Constituição e b) da propositura, mediante seleção popular indireta dos projetos ideológicos que serão convertidos em leis a serem cumpridas individualmente pela (quase) totalidade dos cidadãos, O Código Civil ilustra bem as dificuldades em se permanecer atribuindo caráter etério aos gestos criadores do mundo jurídico, bem como os microssistemas dele filiados – consumerista (Código de Defesa do Consumidor), infanto-juvenil (Estatuto da Criança e do Adolescente), feminista (Lei Maria da Penha), etc. Os emgenhosos procedimentos críticos do transdisciplinar alvo específico constitucional tecem as seguintes imagens: 1) o poder constituinte é capacidade de retorno real, organização estrutural móvel e 2) esse mesmo aborda uma potência criadora do ser. *"El poder constituyente constituye la sociedad, identificando ló social y lo politico en un nexo ontológico."* (NEGRI, 2014 apud FORERO-MEDINA e SANDOVAL, 2018, p. 79, itálico acrescentado)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[14] Mormente após a Primeira Grande Guerra (1914-1918).

[15] Anular singularidades incômodas parece ser o privilégio inacabado de Leis Fundamentais rígidas, escritas, semânticas, analíticas e jovens (como a brasileira).

[16] *Vide* o referido na p. 16 desta monografia.

[17] Cfr. Item 3, *infra*.

[18] Quando o dano produzido for irremediável, a lesão será mitigada ou cessará a produção de seus efeitos.

[19] Tecnicamente, a deliberação é comunicação parcial, aceitando que ela levará em conta as vulnerabilidades subjetivas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A IMPORTÂNCIA DO LOCAL DE CRIME E A POLICIA

**ANTONINA ALVES GODINHO**: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus-ULBRA.

**RUBENS ALVES**

(Orientador)

**Resumo:** O seguinte artigo bibliográfico científico apresenta uma visão objetiva da importância dos policiais militares em um local de crime, assim como sua relação com os procedimentos necessários para a preservação do local, delimitação e segurança do mesmo, até a chegada dos peritos técnicos para a coleta de dados e materiais que são essenciais para a construção do laudo pericial e da investigação judicial. Apesar de muitos responsáveis pelo local de crime, o policial militar é um objeto importante nesse processo, pois é ele que recebe primeiramente a ocorrência do delito. Tendo conscientização da sua importância, o mesmo pode facilitar a investigação e perícia fazendo sua parte na guarnição apropriada do local.

**Palavras-chave:** preservação, policiais, perícia, investigação.

**Abstract:** The following scientific literature paper presents an objective view of the importance of the military police at a crime scene, as well as its relation to the procedures for the preservation of the site boundaries and security of the same, until the arrival of technical experts to gather data and materials that are essential for the construction of the expert report and the judicial investigation. Although many responsible for the crime scene, the military police is an important object in this process, it is he who first receives the occurrence of the offense. Having awareness of its importance, it can facilitate research and expertise doing their part in the appropriate local garrison.

**Keywords:** preservation, police, expertise, research.

## 1.INTRODUÇÃO

Guarnição é um termo que se diz respeito à um corpo de tropas estacionado ou aquartelado numa localidade ou numa praça-forte com o intuito de a guarnecer com meios militares. No campo da perícia criminal, a guarnição é um dos principais



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fatores que engloba o exame do perito criminal no local de crime, por exemplo. Sabe-se que, em um local de crime, a perícia criminal é feita exclusivamente pelo perito criminal, porém, de maneira direta ou indiretamente, outros profissionais são necessários para os procedimentos de atendimento à uma ocorrência de local de crime. Delegado, policiais militares e investigadores, fazem parte desse conjunto que rege a solução de um crime. O trabalho tem como objetivo conhecer e discutir aspectos relacionados ao isolamento e preservação do local de crime.

Segundo Rabello (1996) define local do crime como sendo: "A porção do espaço compreendido num raio que, tendo por origem o ponto no qual é constatado o fato, se entenda de modo a abranger todos os lugares em que, aparente, necessária ou presumidamente, hajam sido praticados, pelo criminoso, ou criminosos, os atos materiais, preliminares ou posteriores à consumação do delito, e com este diretamente relacionado."

Durante a denúncia de um crime, o delegado responsável pela zona onde o mesmo ocorreu, aciona o Instituto de Criminalística (IC), assim, o profissional oficial em perícia se direciona ao local do crime. No entanto, antes que o perito chegue ao local, o responsável pela segurança, delimitação e guarnição do local é o policial militar (PM). O PM, ao chegar no local, deve averiguar a segurança do local, a presença ou não de vítima fatal ou ferida, a delimitação do local e a presença dos civis, que, dificultam o trabalho da perícia devido a transição no local de crime antes da chegada dos policiais.

Apesar dessas responsabilidades, muitos profissionais militares não tem o preparo necessário para a devida guarnição do local, falha essa, que ocorre por falta de curso, palestras, entre outras coisas relacionadas à importância do local de crime e sua não alteração.

Segundo Alberi Espindula (2006), "local de crime constitui em um livro extremamente frágil e delicado, cuja as páginas por terem a consistência de poeira, desfazem-se, não raro, ao simples toque de mãos imprudentes, inábeis ou negligentes, perdendo-se desse modo para sempre, os dados preciosos que ocultavam à espera da argúcia dos peritos."

Reconhecer a importância da preservação do local de crime pelos órgãos envolvidos, identificar a falha na conscientização dos policiais em preservar o local do ocorrido e mostrar a relevância da prática de delimitação do local crime, são alguns fatores que são diretamente ligados aos resultados de uma análise criminal em local de crime. (PRADO, 2014)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme o Código de Processo Penal (CPP), as autoridades policiais devem comparecer ao local assim que tiverem conhecimento do delito e tomar as providências de preservação dos vestígios e demais procedimentos de investigação criminal. Porém, sem alteração do local, ao menos que tenha a presença de vítima viva.

Apesar do trabalho da perícia ser feito pela Polícia Civil (PC), é a Polícia Militar que recebe a ocorrência, devido a sua função, no caso, é manter a segurança e a ordem da população local e do Estado.

## 2.IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DO LOCAL DE CRIME

O delito em si, é algo que envolve um conjunto de fatores ao seu redor, como por exemplo, os familiares da vítima (caso tenha), os vestígios encontrados no local ou próximo dele, a delimitação da área onde o crime ocorreu, a tarefa de conter a imprensa ou civis, a investigação que cerca o crime, a observação e análise técnica do perito criminal, os quesitos requeridos pelo delegado responsável pela investigação e toda sua equipe técnica, assim como a construção do laudo para responder as perguntas levantadas durante a investigação e através dos exames periciais.

Contudo, a preservação do local do crime é essencial para a concretização da certeza acerca do mesmo, assim, caso seja preservada de forma coerente, seus vestígios ou evidências são preservados, sendo assim, uma forma mais objetiva para ajudar o trabalho da equipe técnica pericial.

Em uma análise do local de crime, são fotografados e coletados todos os dados e materiais relevantes para a investigação e construção do laudo pericial. Esses dados ou materiais, são chamados de vestígios, sendo tratados de maneira importante na investigação. Materiais encontrados próximo ao local de crime, que são duvidosos em relação à estarem ligados ou não ao crime, são chamados: indícios. Os indícios são analisados cuidadosamente para provar se fazem parte ou não do delito ocorrido. Caso sejam validados como prova, tais indícios passam a ser evidências do crime.

"Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado." (CPP, Art. 158)

O termo "indício" está explícito no artigo 239 do Código de Processo Penal: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstância." Embora o conceito seja semelhante, não se confunde com o termo "evidências", por ser aquele definido na fase processual, além de carregar consigo elementos não só materiais, mas também outros de natureza subjetiva.

Os vestígios constituem-se, pois, em qualquer marca, objeto ou sinal sensível que possa ter relação com o fato investigado. A existência do vestígio pressupõe a existência de um agente provocador (que o causou ou contribuiu para tanto) e de um suporte adequado para a sua ocorrência (local em que o vestígio se materializou. (MALLMITH, 2007).

Um vestígio, por menor que seja, tem extrema importância em um local de crime, porém, o mesmo pode ser apagado sem intenção por falta de preparo do policial destinado à fazer a guarnição do local até a chegada dos peritos técnicos. Indiretamente ou não, isso influencia na análise do crime e até na dinâmica do ocorrido. Como se sabe, todo crime possui uma dinâmica e a mesma, pode ser alterada por falta de cuidados do policial militar.

A dinâmica do crime pode ser detalhada pela cena encontrada e pela análise do perito, porém, muitas vezes a dinâmica é alterada pela movimentação inadequada no local, ou seja, a aglomeração de pessoas no ambiente, podendo ser da equipe de investigação ou civis. Assim como também, a alteração dos vestígios e indícios do ocorrido.

## 3.PREPARAÇÃO DO PROFISSIONAL MILITAR PARA GUARNIÇÃO DO LOCAL DO DELITO

Falado anteriormente, existem uma série de fatores que influenciam diretamente na solução de um caso. Dentre eles, a guarnição correta feita pelos policiais militares até a chegada da equipe técnica criminal. Porém, há uma grande falha por parte dos policiais militares., devido a sua falta de preparação durante a formação da academia de polícia, no que resulta na má guarnição do local de crime.

O policial militar deve se preocupar com vários fatores que influenciam na alteração desse local do delito. Seria sensato da parte da Polícia Militar, o interesse na preparação de tais profissionais para o exercício da carreira como profissional do Estado, responsável pela segurança e ordem da população.

Investir em curso, palestras e outras fontes de conhecimento para os profissionais militares, em hipótese, havia uma significativa melhoria no que se diz à respeito da guarnição do local de crime (assunto do presente artigo). Palestras comandadas pelos próprios peritos técnicos atuantes nos locais de crime,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para apresentar e demonstrar a importância e influência de uma boa guarnição, tendo como resultado a construção do laudo pericial de forma mais precisa, possivelmente despertaria a conscientização dos militares em relação à essa importância. Muitos, não possuem conhecimento dos principais fatores que levam a análise de um caso, como por exemplo, a delimitação adequada de um local de crime. A delimitação de um local de crime, é importante para a não alteração da dinâmica do ocorrido e dos vestígios ali deixados pela a ocorrência.

Apesar de o policial militar estar sob a ordem do delegado da região (ou zona), é o policial militar o responsável em manter a ordem no local, delimitar o ambiente do crime até a chegada do delegado responsável pela investigação e a equipe de perícia técnica, e principalmente, ter cautela para a não alteração da dinâmica e dos vestígios do crime. (ESPINDULA, 2006)

## 3.1 A DELIMITAÇÃO DO AMBIENTE DO DELITO COMO FORMA DE PRATICIDADE E PRECISÃO NA ANÁLISE TÉCNICA PERICIAL

Com base no estudo, a delimitação adequada do local de crime é importante para a praticidade da análise técnica dos peritos, resultando na precisão dos quesitos à serem respondidos no laudo pericial.

Delimitação, assim como em qualquer estudo, é importante para o foco durante as pesquisas, o que pode ser diretamente relacionado à análise dos peritos. Em um estudo, delimitar o tema de estudo, ajuda a direcionar as pesquisas, análises e resultados, o mesmo pode ser aplicado em um local de crime. Onde a delimitação serve como direção do estudo do ambiente do delito, análise e coleta dos vestígios, levando assim, a resposta das dúvidas levantadas no estudo e as respostas dos quesitos levantados pelo delegado responsável pela investigação.

## 3.2 PROCEDIMENTOS PADRÕES DO PRIMEIRO POLICIAL MILITAR AO CHEGAR EM UM LOCAL DE CRIME

Segundo Alberi Espindula, autor do livro: Local de Crime – Isolamento e Preservação, Exames Periciais e Investigação Criminal (2006), os tópicos a seguir são procedimentos que o primeiro policial designado ao local de crime deve proceder:

- Abordar o local tendo como preocupação a sua segurança pessoal, dada a possibilidade de que ali ainda esteja o autor;
- Se houver vítima no local, julgando necessário, verificar se ainda está viva;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Para fazer essa verificação, procurar deslocar-se em linha reta até a vítima e não sendo possível, adotar o menor trajeto;

- Se a vítima estiver viva, a prioridade é o salvamento e, em segundo plano, com a preservação dos vestígios;

- Se estiver morta, não mexer e nem tocar na vítima (não mexer nos bolsos, carteiras, documentos, dinheiro, joias, etc.) em nenhuma hipótese, toda a observação deve ser visual;

- Enquanto permanecer junto ao cadáver, fazendo a observação visual, não deve se movimentar, permanecendo com os pés na mesma posição;

- Ao retornar, adotar o mesmo trajeto da entrada e, simultaneamente, observar atentamente onde está pisando, para ver o que possa estar sendo comprometido, a fim de informar pessoalmente aos peritos criminais;

- Ao retornar, fazê-lo lentamente para também poder observar toda a área (mantendo seu deslocamento somente pelo trajeto de entrada) e, com isso, visualizar possíveis outros vestígios, no sentido de saber qual o limite a ser demarcado para a preservação dos vestígios;

- Retornar até uma área externa mais distante possível, até sair do espaço onde possa existir vestígios do crime;

- Posicionando em ponto distante, observar visualmente toda a área e decidir quais limites deverá isolar com a fita zebrada;

- Lembrar-se do que observou (visualmente) na vítima e durante o seu trajeto de retorno, para deduzir pela provável existência de outros vestígios na área e, portanto, tomar as providências de isolar aquele espaço;

- O primeiro policial não poderá deslocar-se no interior da área dos vestígios, excetuando-se a entrada para ver se a vítima está viva ou morta, com os cuidados já descritos;

- Ao estar colocando a fita zebrada poderá observar outros vestígios nas áreas mais adjacentes e, se isso ocorrer, ampliar mais ainda a delimitação que esteja fazendo;

- Após isolar a área (delimitar com a fita zebrada, ou qualquer outro meio físico), ninguém mais poderá entrar naquele local, ou mexer em qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

coisa dentro daqueles limites, tais como armas de fogo, projéteis, pertences da vítima e tudo mais que possa estar presente.

- Os policiais responsáveis pela preservação dos vestígios não poderão permitir, sob nenhuma hipótese, o acesso de qualquer pessoa (incluindo também parentes ou amigos da vítima) no interior da área isolada;

- Após delimitar a área a ser preservada e tomar as demais medidas necessárias (comunicar a central de rádio e a respectiva autoridade policial da área), deve permanecer no local até a chegada dos peritos criminais, não permitindo que nenhum policial ou autoridade, salvo os peritos, possam tocar, mexer, movimentar, manusear ou recolher qualquer objeto, ainda que seja arma de fogo, do interior da área isolada, enquanto esta não for periciada;

- Em qualquer tipo de local de crime, estes procedimentos são aplicáveis, independentemente de haver cadáver, tendo sempre o cuidado de não deslocar-se nos pontos onde possam existir vestígios.

### 3.3 PROCEDIMENTOS APÓS A CHEGADA DO DELAGADO RESPOSÁVEL E DOS PERITOS CRIMINAIS

Ainda segundo Espindula (2006), existem outros procedimentos necessários para a correta preservação de um local de crime, para que, o mesmo não se altere, assim, não atrapalhando os resultados dos exames periciais.

O delegado, além do primeiro policial que chega ao local de crime, é também responsável pela segurança do local e pela preservação do mesmo. Os tópicos a seguir, apresentam os procedimentos que o delegado responsável deve seguir até a chegada dos peritos:

- Ao chegar no local, conversar com o primeiro policial e saber dele as providências já adotadas;

- Se houver vítima e julgando necessário, entrar no local e fazer a verificação para saber se está viva ou morta;

- Se entrar no local, deverá deslocar-se pelo mesmo trajeto que fez o primeiro policial e, também, observar possíveis alterações de vestígios que esteja produzindo, a fim de comunicar aos peritos criminais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Verificando que a vítima está morta, a autoridade de polícia judiciária deverá permanecer parado junto ao cadáver e fazer uma acurada inspeção visual, tentando extrair o máximo de informações sobre o fato, visando colher dados para a investigação policial e para as providências de preservação dos vestígios;

- Retornar pelo mesmo trajeto de entrada, de forma lenta, observando toda a área, sem tocar, mexer, movimentar, manusear ou recolher qualquer objeto, ainda que seja arma de fogo, até que tendo seja periciado;

- Após retornar fazer deslocamento por fora da área delimitada, verificar a possível necessidade de ampliar a área isolada pelo primeiro policial;

- Providenciar a requisição da equipe de perícia do IC e do carro de cadáver junto ao IML;

- Enquanto aguarda a chegada da equipe de perícia, dar início às investigações sobre a ocorrência, procurando saber dos fatos, a partir das informações do primeiro policial e quaisquer outras pessoas que estejam nas imediações.

- Se possível, destacar um policial de sua equipe para descer da viatura antes do local e se infiltrar no meio das pessoas, visando ouvir e coletar informações sobre o delito;

- Os procedimentos descritos devem ser aplicados para qualquer tipo de delito, adequando-se nos demais casos que não exista cadáver no local, utilizando-se como regra básica: não deslocar-se nas áreas onde possam existir vestígios.

Seguindo a referência de Espindula, o mesmo ainda descreve os procedimentos básicos que devem ser seguidos pelos peritos criminais que chegam ao local de crime:

- Ao chegar, entrevistar-se com a autoridade de polícia judiciária e o primeiro policial, visando obter as primeiras informações sobre o local a ser periciado;

- Observar os procedimentos de isolamento e preservação do local para verificar se há necessidade de pequenos ajustes;

- Se o local não estiver com os vestígios adequadamente preservados, capazes de alterar qualquer coisa, os peritos criminais deverão constar isso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no respectivo laudo, discutindo as consequências dessas alteração no resultado final da perícia;

- Se for o caso, informar ao primeiro policial e ao delegado de polícia que necessita continuar com o apoio da PM, para fins de segurança pessoal da equipe e isolamento da área;

- Observar ao delegado de polícia, sobre a importância da sua permanência no local até o término dos exames, visando adequar os termos da requisição e quesitos a buscarem o progresso da investigação criminal;

- Iniciar o exame pericial pelas anotações preliminares periféricas do local;

- Realizar todo o exame pericial do local, adotando as técnicas criminalísticas necessárias e respectivas metodologias para o caso em questão;

- Recolher amostras ou quaisquer objetos que necessitem de exames de laboratório ou complementares, conforme determina a técnica criminalística sobre o recolhimento de vestígios;

- Após terminar os exames periciais, liberar o local à autoridade policial responsável, a fim de que esta arrecade (aprenda) os demais objetivos que interessem à investigação policial;

- O exame pericial é trabalho minucioso e demanda longo tempo, sendo importante que todos os policiais tenham consciência disso, a fim de disponibilizar todo apoio possível enquanto os peritos criminais estão desenvolvendo o seu trabalho;

- Após realizados os exames, os peritos criminais deverão se reunir com a autoridade de polícia judiciária e sua equipe, visando discutir sobre as informações preliminares nos vestígios materiais constatados no local e que possam ser úteis para o planejamento das linhas de investigações que a autoridade policial poderá desenvolver.

## 4. PROCEDIMENTO OPERACIONAL PADRÃO DOS PERITOS CRIMINAIS

Em 2013, foi elaborado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, o Procedimento Operacional Padrão – Perícia Criminal, no qual, o mesmo, deve ser seguido pelo perito criminal, porém, apresenta tópicos que evolvem os outros policiais (policial militar e Delegado), assim, demonstrando a importância da guarnição do local, a delimitação adequada do ambiente em que foi ocorrido o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

crime e a cautela em relação à não alteração de vestígios que podem ser importantes em uma investigação criminal e em um exame pericial.

Abaixo, estão descritos tais procedimentos de acordo com a proposta da Secretaria Nacional de Segurança Pública:

- Confirmar o endereço do local em que será realizado o exame pericial.
- Anotar os nomes dos componentes da equipe pericial envolvida no atendimento a ocorrência, a data do exame, a identificação da unidade solicitante da perícia, o endereço do destino, os horários da chamada, de deslocamento e de chegada ao local e os dados dos policiais militares, civis e afins.
- Verificar se as áreas mediatas estão isoladas e preservadas adequadamente, devendo o perito criminal registrar por escrito e por imagens o estado de preservação e isolamento do local.
- Ao ter acesso ao local de crime, a equipe pericial se identificará aos policiais que estiverem isolando e preservando. Tão logo seja possível, os peritos criminais deverão solicitar as informações preliminares dos fatos.
- Anotar qualquer observação ou consideração relacionada à ocorrência que a equipe pericial considere importante, como por exemplo, a identificação dos primeiros policiais ou representantes do Estado que adentraram na cena do crime; identificação da equipe socorrista que eventualmente tenha atuado na indumentária e no corpo da vítima; eventual manuseio e coleta de pertences da vítima, etc.
- Adequar se necessário, o perímetro da área isolada e preservada à consecução dos exames.
- Somente por ordem dos Peritos Criminais outras pessoas poderão ter acesso à área isolada, cabendo medidas coercitivas no sentido de impedir que as pessoas estranhas adentrem ao local isolado.
- Escolher o tipo de padrão a ser utilizado na busca dos vestígios.
- Antes de entrar no local de crime, certificar-se de estar usando a vestimenta adequada para a sua proteção e dos vestígios.
- Caso haja um corpo, verificar a ausência de sinais vitais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Para a coleta – dependendo da natureza dos vestígios – os componentes da equipe pericial farão uso de Procedimentos Operacionais Padrões específicos, além do que consta no presente POP.

Ações durante o exame pericial do local, destinado aos peritos criminais, que envolve desde a identificação do local do ocorrido até a coleta de materiais biológicos ou não (vestígios):

- Descrever o local e georreferenciá-lo (GPS).
- Verificar as condições topográficas climáticas e de visibilidade no momento dos exames.
- Verificar a integridade das vias de acesso ao local (portas, janelas, muros, cercas, etc.).
- Promover buscas com vistas a localizar eventuais sistemas de vigilância, de registros, interfones, campainhas, etc.
- Efetuar fotografias panorâmicas e gerais. As fotografias externas preferencialmente devem ilustrar as vistas gerais do local de crime, inclusive pontos de referências como placas de lotes, equipamentos públicos, vias públicas, populares nas mediações, etc.

Em caso de vestígios de qualquer natureza (biológica ou não), com o objetivo de apresentar a importância da pericia minuciosa em qualquer vestígio encontrado no ambiente do delito ou aos redores do local de crime:

- Verificar as áreas, a fim de identificar sinais de lutas e outros vestígios relacionados com o fato (alinhado, desalinhado, etc).
- Determinar a posição relativa dos vestígios (levando em consideração os pontos fixos existentes no local).
- Identificar, plotar, fotografar e descrever os vestígios para coletá-los adequadamente. Priorizar vestígios temporários.
- As fotografias devem mostrar as características do local examinado, incluindo o isolamento, os objetivos ali existentes e a disposição dos vestígios encontrados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- A coleta de material biológico será feita sempre com o uso de luvas novas e descartáveis, que serão trocadas antes da manipulação de um novo vestígio.

- Tratando-se de uma mesma amostra, coletar material biológico com a utilização de swab (prova e contraprova), bem como acondiciona-los.

- Tratando-se de amostras coletadas em pontos diferentes, coletar material biológico com a utilização de swab (prova e contraprova), devendo ser acondicionadas amostras diferentes em invólucros diferentes, de maneira a se evitar contaminações entre os vestígios.

- Solicitar e, se possível, coletar imagens disponíveis em sistemas de vigilância e armazenamento para posteriores análises.

- O perito deve sempre observar e zelar pela cadeia de custódia de todos os vestígios recolhidos no local de crime, registrando em papel próprio os dados relativos à coleta, individualizando-os e lacrando-os em embalagens adequadas à natureza do vestígio para serem encaminhados a outros exames.

- Examinar e coletar armas de fogo, bem como seus componentes e outros elementos balísticos, tornando-as seguras antes de acondicionar e encaminhar para outros exames.

- Projéteis devem ser coletados de forma a preservar as suas marcas individuais, por exemplo, como o uso de pinças plásticas.

- Periciar veículos que tenham relação com o evento, caso existam.

- Nos casos em que haja vestígios de fragmentos papiloscópicos, estes deverão ser fotografados e plotados pela equipe pericial antes que seja realizado o decalque.

Quando há presença de cadáver em um local de crime, são necessários procedimentos durante o exame pericial para a melhor análise do perito criminal, resultando assim, em um melhor exame do corpo (posição que foi encontrado, sinais que possam ser identificados e vestígios do autor do crime):

- Descrever e registrar a posição na qual os peritos criminais encontraram o cadáver (decúbitos dorsais, lateral direito, lateral esquerdo, ventral, etc.).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Fotografar o cadáver nas condições em que foi encontrado; a face, a título de identificação; as características identificadoras artificiais, tais como tatuagens, piercings, esmaltes, etc.; os pertences e objetos encontrados; as vestes e suas alterações; as lesões externas, antes e após a devida limpeza; e outros vestígios existentes nos corpos. Todas as fotografias devem, ser operadas em diversos ângulos e em diferentes graus de aproximação.

- No caso de existir mais de um cadáver, numerá-los de maneira a individualiza-los.

- No exame perinecroscópico, descrever todas as características físicas do cadáver (pele, cabelo, sinais identificadores, etc.), de suas vestes (tipo de tecido, cor, calçados, etc.) e dos pertences pessoais (anéis, colares, pulseiras, etc.).

- Ao descrever as lesões, identificar a região anatômica envolvida, bem como, na medida do possível, o meio, instrumento ou ação que a produziu.

- Coletar as vestes, caso julgue necessário, para a realização de outros exames.

- Começar o exame do cadáver, na posição em que se encontra, pela cabeça, em seguida os membros superiores (primeiro o direito), tórax, abdome, ,membros inferiores (primeiro o direito).

- Descrever os sinais tanatológicos observados.

- Em caso de morte com suspeita de utilização de arma de fogo, em não havendo coleta de material para exame residuográfico no local, os peritos criminais deverão providenciar para que sejam protegidas e preservadas as áreas anatômicas de interesse dos exames.

- Quando necessário, coletar material biológico com a utilização de swap (prova e contraprova), bem como acondiconá-los, atentando para que não se alterem as características das lesões.

No POP, são descritos pontos importantes após a descrição dos procedimentos que os peritos devem proceder, são denominados pontos críticos, no qual, são descritos brevemente de forma esclarecedora para estabelecer a importância do isolamento de um local de crime.

Quanto à preservação e isolamento do local:

- Considerar que a preservação do local trata-se do início dos procedimentos de cadeia de custódia, garantindo-se a idoneidade dos vestígios, qualidade e eficácia do trabalho pericial.

- Toda e qualquer alteração promovida no local entre a ocorrência do crime e o início dos trabalhos periciais deverá ser comunicada aos peritos criminais (CPP, artigo 169, parágrafo único).

Quanto aos EPI's que devem ser utilizados em um local de crime:

- A não utilização de equipamentos de proteção individual adequados, além de predispor o servidor à contaminação por material biológico e outros, poderá contaminar o corpo de delito, comprometendo a prova material.

Quanto à cadeia de custódia (coleta e contaminação):

- Aidoneidade dos vestígios para os posteriores exames está diretamente ligada à adequada coleta, registro, acondicionamento e transporte, que garantirão o êxito dos resultados e, posteriormente, a cadeia de custódia.

## 5. CONCLUSÃO

O procedimento padrão destinado ao policial militar responsável pela guarnição do local de crime e pelos outros responsáveis pelo local (delegado e perito), é essencial para a boa preservação do ambiente do delito, porém, a deficiência de cursos e palestras para a capacitação dos mesmos, afeta indiretamente na solução do caso.

Durante as pesquisas bibliográficas, pode-se concluir que, o conhecimento da importância da delimitação do local de crime é relevante em relação ao trabalho de todos os responsáveis pelo caso, desde o primeiro policial responsável pela guarnição, até o perito técnico criminal que irá escrever o laudo pericial e responder as dúvidas levantadas durante o mesmo e investigações.

## REFERÊNCIAS

BARACAT, Claudine de Campos. **A padronização de procedimentos em local de crime e de sinistro – sua importância e normatização.**

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 1ª ed., São Paulo: Rideel, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública**. Procedimento Operacional Padrão: perícia criminal – Secretaria Nacional de Segurança Pública.** Brasília. Ministério da Justiça, 2013.

**CÓDIGO de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Fábio Coelho. **A Importância da Perícia no Direito Processual Penal Brasileiro: a eficácia da prova pericial na fase processual**. Florianópolis, 2009. Monografia. ESMPSC/UNIVALI.

ESPINDULA, Alberi et al. **Local de Crime: isolamento e preservação, exames periciais e investigação criminal.** 2ª ed. Brasília: Alberi Espindula, 2007.

MALLMITH, Décio. **Corpo de delito, vestígio, evidência e indício.** Rio Grande do Sul. 7 de maio de 2007.

MALLMITH, Décio. **Local de Crime.** Monografia (Perito Criminalístico) – Secretaria de Segurança Pública. Instituto Geral de Perícias – Departamento de Criminalística, Rio Grande do Sul, 2007.

PALMA, Marilene Cocozza Moreira. **A teoria geral da prova e a prova pericial.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1996.

PRADO, Eduardo. **A importância da preservação do local de crime**. JusNavigandi, 9/2014.

RABELLO, Eraldo. **Curso de criminalística.** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1996.

ROCHA, Luiz Carlos. **Investigação policial**: teoria e prática**.** São Paulo: Saraiva, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# DIREITO À SAÚDE: OS LIMITES CONTRATUAIS DOS PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS E O ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA NEGATIVA DE TRATAMENTO MÉDICO

**ARIADNE CELINNE DE SOUZA E SILVA:** Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo discutir o direito fundamental à saúde, os limites contratuais estabelecidos pelos planos de saúde privados e a relação de consumo estabelecida entre os planos e seus segurados. É uma pesquisa bibliográfica e documental, na qual estudou-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação às negativas de tratamento médico pelos planos de saúde privados decorrentes da aplicação de cláusulas contratuais abusivas estabelecidas por meio de contrato de adesão. O posicionamento do STJ é de que esta recusa injustificada caracteriza falha na prestação de serviço e devem ser compensados os danos materiais e morais causados. Conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro há a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente diante do ativismo judicial cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; direito à saúde; direitos sociais; direitos humanos; planos de saúde.

**Abstract**: This paper has as its aim to discuss the fundamental right to health, the contractual limits established by the private health plans and the consumption relationship established between the plans and their customers. It is a bibliographic and documental research, in which we studied the Superior Court of Justice (STJ) position on the denial of medical treatment by the private health plans caused by unfair contractual terms established by adhesion contracts. The positioning of the STJ is that this unjustified refusal characterizes failure to provide service and that the moral and material damages must be compensated. The conclusion is that in the Brazilian legal system the fundamental rights are immediately applied in the private relations, especially concerning the increasingly present judicial activism in the Brazilian legal system.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**Keywords**: fundamental rights; right to health; social rights; human rights; health plans.

**Sumário**: 1. Introdução; 2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas; 3. Os planos de saúde privados: uma relação de consumo; 3.1 Os contratos de adesão e o posicionamento do STJ; 4. Danos Morais e a Teoria da Indenização Punitiva; 4.1 Ativismo Judicial e os efeitos econômicos das decisões desfavoráveis aos planos de saúde; 5. Considerações Finais.

## 1.Introdução

Este artigo tem por objetivo discutir o direito fundamental à saúde a partir da relação de consumo estabelecida entre os planos de saúde e seus segurados. Para isso, discutiremos a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, os contratos de adesão e suas cláusulas abusivas, assim como o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) diante de negativas de tratamento.

O Direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração, classificado como direito social no Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). A saúde é direito de todos e dever do Estado devendo ser garantido o acesso universal e igualitário (art. 196, CRFB/88) e são de relevância pública as ações e serviços de saúde (Art. 197, CRFB/88).

Os direitos fundamentais para José Afonso da Silva (2010, p.178) são aqueles que sem os quais a pessoa não se realiza, não convive, nem sobrevive, não bastando ser formalmente reconhecidos, mas materialmente efetivados para todos e estão formalmente presentes no título II da CRFB/88 intitulado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

Tais direitos estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito brasileiro (Art. 1º, IV CRFB/88). Os direitos fundamentais serão tratados aqui como aqueles positivados, expressa ou implicitamente, no direito constitucional. Estes direitos possuem uma dimensão negativa, o direito de defesa e a dimensão positiva, direito a prestações (SARLET, 2010, p.17-8).

As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata conforme disposto no Art. 5º, §1º da CRFB/88, ou seja, tais normas não dependem de regulamentação para serem aplicadas no ordenamento jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há duas posições doutrinárias relacionadas a este dispositivo, parte da doutrina filia-se a ideia de que a aplicabilidade imediata refere-se somente aos direitos presentes no Art. 5º, e parte de que se refere ao todo disposto no título II da CRFB/88.

Adota-se, neste artigo, a segunda posição doutrinária, ou seja, de que o direito a saúde também possui aplicabilidade imediata. Nas palavras de Ingo Sarlet:

> [...]a saúde, comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais [...] as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. [...](SARLET, 2007, p.3).

## 2.A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas

Sabe-se que tanto o direito à saúde, quanto o direito ao consumidor estão inseridos no título II da CRFB/88 "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". O dever prestacional do Estado de dar efetividade aos direitos fundamentais é conhecido como eficácia vertical (Estado-particular), enquanto a relação entre particulares é conhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A controvérsia doutrinária está em determinar como se realiza a eficácia destes direitos fundamentais nas relações entre particulares. Há três teorias relacionadas a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais: a da não aplicabilidade, a da eficácia mediata ou indireta, e a da eficácia direta ou imediata.

A teoria da não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é conhecida como *state action*, para esta teoria os direitos fundamentais obrigam somente o Estado, é a teoria predominante nos Estados Unidos da América (EUA). Para Sarmento e Gomes (2011, p.67), a doutrina não dá o tratamento adequado aos direitos fundamentais pois "muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas".

Além desta teoria, Tavares (2012, p.532) destaca a existência da *public function theory,* desenvolvida posteriormente nos EUA, a qual permite a vinculação direta dos particulares quando estiverem exercendo atividades tipicamente estatais.

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais foi desenvolvida por Günter Dürig em 1956 e é predominante no direito germânico, por esta teoria os direitos fundamentais não teriam eficácia direta, dependendo do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

legislador para terem eficácia nas relações privadas. Sarmento e Gomes (2011, p.66-8) definem-na como teoria intermediária, pois Dürig admite a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais nas relações privadas e a criação de "portas de entrada" para estes direitos por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados estabelecidos pelo legislador. Os autores ressaltam que, para adeptos desta teoria, a incidência direta dos direitos fundamentais conflitaria com a autonomia privada ou autonomia da vontade no Direito Privado.

Para Sarmento e Gomes (2011, p. 68), por meio desta teoria haveria uma maior segurança jurídica devido a primazia do legislador em relação ao juiz, só cabendo ao Judiciário interpretar as cláusulas gerais e indeterminadas estabelecidas pelo legislador.

Enquanto Tavares (2012, p.532) destaca que os partidários desta teoria parecem admitir a eficácia direta e imediata em casos de completa lacuna legislativa, ou da possibilidade de a própria lei declarar a eficácia direta em determinadas situações, como pela determinação do Art. 11 do Código Civil de irrenunciabilidade de certos direitos:

> [...]Essa tese abre a discussão acerca de se a aplicação direta ou indireta, quer dizer, se a adoção de uma ou outra corrente, seria uma opção do legislador [...] podendo-se cogitar, até da possibilidade de a lei declarar-se, expressamente, pela eficácia direta para determinada área das relações sociais, como uma decorrência desta doutrina. (TAVARES, 2012, p.532)

A doutrina mais adotada pelos autores brasileiros é a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, a vinculação imediata dos particulares, posição adotada por Hans Nipperdey em 1954. A crítica a esta teoria, como ressalta Tavares, está na possibilidade de constitucionalizar todas as relações privadas:

> Realmente, com a eficácia direta e imediata corre-se o grave risco, especialmente no Brasil, de constitucionalizar todo o Direito e todas as relações particulares, relegando o Direito privado a segundo plano no tratamento de tais matérias. Como produto dessa tese ter-se-ia, ademais a transformação do STF em verdadeira Corte de Revisão porque todas as relações sociais passariam imediatamente a ser relações de índole constitucional, o que não é desejável. (TAVARES, 2012, p.533).



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, para Sarmento e Gomes (2011, p.72) a doutrina da eficácia imediata não é radical, e a maior parte dos adeptos reconhece que o Judiciário deve aplicar a norma vigente, somente se afastando desta quando incompatível com a ordem constitucional.

Isto pode ser comprovado pelo pensamento de um dos adeptos desta teoria, para Sarlet (2011, p.383), o deslocamento da decisão final sobre a ponderação dos direitos para o Poder Judiciário impõe maior cautela nas decisões, recomendando que nas hipóteses de conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada ocorra a análise tópico-sistemática e a ponderação dos valores, para que não haja um sacrifício completo de um dos direitos fundamentais em conflito.

Como sabemos, em sua dimensão prestacional, os direitos fundamentais sociais possuem um vínculo intenso com a dignidade da pessoa humana, ao se relacionar a um mínimo existencial para a vida digna (SARLET, 2010, p. 21). Inclusive, para Ana Paula Barcellos (2011, p.302), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça incorporam o mínimo existencial que compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana, possuindo tais direitos status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

## 3. Os planos de saúde privados: uma relação de consumo

Os planos de saúde privados exercem a chamada saúde suplementar e são fiscalizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Conforme Pscheidt (2014) esta suplementação dá-se mediante o pagamento direto do consumidor ao prestador de serviço ou por meio das contribuições mensais do consumidor (planos de saúde). Desta maneira, a empresa assume a obrigação de prestação de serviços de saúde ao paciente-consumidor, como definido por Campos Scaff:

> [...] a própria empresa de planos de saúde assumirá, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais por ela credenciados e que com ela mantêm vínculos duradouros e efetivos a obrigação de prestar os serviços necessários e pretendidos pelo consumidor. (CAMPOS SCAFF, 2010, p.51).

Esta relação de consumo já era reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio da súmula 469 "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". Entretanto, esta súmula foi cancelada em 11 de abril de 2018. A posição mais recente do STJ é de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não se aplica às relações constituídas entre usuários e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

operadoras de autogestão, conforme texto da súmula 608 do STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão".

Ribeiro (2019) define autogestão em saúde:

> A autogestão em saúde é o segmento em que a própria instituição é a responsável pela administração do plano de assistência à saúde oferecido aos seus empregados, servidores ou associados e respectivos dependentes, sendo o único modelo que elimina a necessidade de contratação de intermediários.

Desta maneira, nestas situações de contrato de autogestão, em casos de negativa de tratamento médico, aplicar-se-á o Código Civil de 2002 (CC/02). Nestas demandas em que é provocado, o STJ tem analisado se há inadimplemento contratual e para aplicação de dano moral, se houve a violação de direito de personalidade:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, II, DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA NA ARGUMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PLANO DE SAÚDE. **MODELO DE AUTOGESTÃO. APLICAÇÃO DO CDC. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL. NEGATIVA DE TRATAMENTO**. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL CONFIGURADA. EXCESSIVIDADE DO VALOR ARBITRADO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. QUANTIA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o recurso especial possui natureza vinculada, exigindo, para o seu cabimento, a imprescindível demonstração, de forma clara e precisa, dos dispositivos legais apontados como malferidos pela decisão recorrida juntamente com argumentos suficientes à exata compreensão da controvérsia estabelecida, sob pena de inadmissão pela incidência da Súmula 284/STF. **2. Nos termos da jurisprudência vigente nesta Corte Superior, apesar de mostrar-se inviável a inserção das regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **de saúde pelo sistema de autogestão, às operadoras é imposta a observância do princípio da força obrigatória do contrato regido pelo CC/2002, o qual disciplina, na execução dos pactos, a aplicação da boa-fé objetiva.** 3. Este Tribunal Superior possui orientação jurisprudencial no sentido da impossibilidade de configuração automática do dano moral quando a operadora de plano de saúde, com base em interpretação contratual, nega cobertura de tratamento médico requerido por beneficiário. 4. **Todavia, constatada situação excepcional, como a do caso apresentado nos autos, na qual a negativa de tratamento médico acarrete profundo abalo psicológico e físico ao paciente, não há ilegalidade no reconhecimento do dano extrapatrimonial**. 5. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, é inviável, em julgamento de recurso especial, que esta Corte Superior revise o quantum arbitrado nas condenações ao pagamento de indenizações por dano moral, ante a incidência da Súmula 7/STJ. 6. Não se mostra excessiva a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais) fixada para o pagamento de indenização a título de dano moral, a qual se encontra em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior. 7. Agravo interno desprovido. (BRASIL, STJ. Agravo Interno no Recurso Especial nª 1809914/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2019, DJe 22/10/2019, grifo nosso)

Neste artigo, temos como foco do direito à saúde estabelecido em uma relação de consumo. De toda forma, é importante ressaltar que ainda que o regime jurídico seja diferente, o direito a saúde não perde seu caráter de direito fundamental, cabendo aos planos de saúde assegurar a efetividade deste direito.

### 3.1Os contratos de adesão e o posicionamento do STJ

Neste artigo, quanto a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, adota-se a eficácia direta destes, principalmente ao tratarmos de relações de consumo, baseadas em um contrato de adesão.

Os contratos de adesão são assim denominados por suas cláusulas serem estipuladas unilateralmente, estando o consumidor limitado a aderir ao contrato caso queira ou precise adquirir o produto ou serviço oferecido (NUNES, 2011, p. 668).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ressalta Campos Scaff (2010, p.53-4) que nos contratos de massa relacionados às prestações de serviços médicos, a regra observada é a utilização dos contratos-tipo, a adesão a cláusulas e disposições previamente formuladas pelas empresas, em que constarão os limites do atendimento, a forma de pagamento do preço, o prazo contatual, os períodos de carência e o sistema de reembolso.

As relações de consumo caracterizam-se pela hipossuficiência do consumidor em relação ao prestador de serviço. O consumidor é vulnerável em relação ao fornecedor: "essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico" (NUNES, 2011, p.174-5).

Como o consumidor é hipossuficiente, as cláusulas contratuais decorrentes do contrato de adesão devem ser interpretadas de forma mais benéfica ao consumidor, conforme o disposto no Art. 47 do CDC. Como pode ser observado pelo julgado a seguir:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO DE COLOCAÇÃO DE STENT. RECUSA. ÍNDOLE ABUSIVA. DANO MORAL E MATERIAL. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. **1. O Tribunal de origem adotou posicionamento consentâneo com a jurisprudência desta egrégia Corte, que se orienta no sentido de considerar que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor bem como devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos**. 2. Outrossim, observa-se que o eg. Tribunal a quo seguiu a jurisprudência desta Corte no sentido de considerar que "a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato" (REsp 183.719/SP, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 13.10.2008). 3. Ademais, nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, como ocorrido no



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> presente caso, a orientação desta Corte **é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento**. Precedentes. 4. Agravo interno provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial. (BRASIL, STJ. AgInt no AREsp 1247880/MS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018, grifo nosso)

Inclusive, o STJ em recorrentes decisões tem classificado como abusivas as cláusulas que excluem tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, podendo o plano de saúde estabelecer as doenças que estão incluídas na cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada para a cura.[1]

Por exemplo, as cláusulas contratuais que excluem a cobertura de órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico pelo qual se submete o consumidor são nulas por serem consideradas abusivas.[2]

Cláusulas abusivas são definidas por Brandão (2011, p.134) como "cláusulas que são contratadas cotidianamente entre as partes, mas foram repelidas pelo ordenamento jurídico por ser lesivas e trazer danos ao consumidor". O rol exemplificativo de cláusulas abusivas é previsto no Art. 51 CDC, e estas cláusulas são nulas de pleno direito, ou seja, desde o seu nascimento, produzindo efeito retroativo (*ex tunc*) quando declaradas nulas judicialmente (BRANDÃO, 2011, p.134-5).

Contudo, apesar destas cláusulas serem consideradas nulas pelo Judiciário, o contrato deve ser mantido. Conforme determina o Art. 51, §2º do CDC, em regra, a nulidade da cláusula contratual não invalida o contrato, exceto quando desta invalidade decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. Desta maneira, como destaca Barros (2011, p.101), o contrato é mantido por força do princípio da preservação dos contratos.

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO DE COBERTURA RELATIVA À PRÓTESE. ABUSIVIDADE. DANO MORAL. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 06.12.2013, no qual discute o cabimento de compensação por danos morais decorrente de negativa de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> fornecimento de prótese ortopédica por plano de saúde. Ação de cobrança ajuizada em 06.01.2011. 2. **É nula a cláusula contratual que exclua da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor.** 3. Embora o mero inadimplemento contratual não seja causa para ocorrência de danos morais, **é reconhecido o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada**. 4. Recurso especial provido. (BRASIL, STJ. Recurso Especial nº 1.421.512-MG (2013/03922820-1) Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 11/02/2014, Terceira Turma, grifo nosso).

Pelo julgado do Recurso Especial nº 1.421.512-MG, nota-se o reconhecimento da nulidade da cláusula a qual exclui o procedimento cirúrgico, como também da compensação por danos morais decorrentes da recusa da cobertura. Para a relatora Ministra Nancy Andrighi só o inadimplemento do contrato não justifica a compensação por danos morais, contudo a compensação é devida a partir do agravamento da situação de fragilidade psicológica pela qual passa o segurado.

O mesmo pode ser observado no julgamento do Recurso Especial nº 1651289 - SP, em que foi negada a cobertura médica de uma enfermidade coberta pelo plano de saúde:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. DOENÇA. COBERTURA. RECUSA INJUSTIFICADA. DEVERES ANEXOS OU LATERAIS. BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. 1. O propósito recursal é determinar se a negativa da seguradora ou operadora de plano de saúde em custear tratamento de doença coberta pelo contrato tem, por si só, a aptidão de causar dano moral ao consumidor segurado. 2. Embora o mero inadimplemento, geralmente, não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem

> reconhecendo **o abalo aos direitos da personalidade advindos da recusa indevida e ilegal de cobertura securitária, na medida em que a conduta agrava a já existente situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado.** 3. **A recusa indevida e abusiva de cobertura médica essencial à cura de enfermidade coberta por plano de saúde contratado caracteriza o dano moral, pois há frustração da justa e legítima expectativa do consumidor de obter o tratamento correto à doença que o acomete.** 4. Existem situações, todavia, em que a recusa não é indevida e abusiva, sendo possível afastar a presunção de dano moral, pois dúvida razoável na interpretação do contrato não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização. 5. O critério distintivo entre uma e outra hipótese é a eventualidade de a negativa da seguradora pautar-se nos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, a qual impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca colaboração, notadamente, com a prestação das informações necessárias ao aclaramento dos direitos entabulados no pacto e com a atuação em conformidade com a confiança depositada. 6. **In casu, o tratamento para a doença (neoplasia) por meio de radioterapia teria sido previsto no contrato, e a negativa de cobertura teria sido justificada pelo fato de o método específico de tratamento não estar previsto na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde**. Como a negativa de cobertura não estava expressa e destacada no contrato e como o tratamento seria necessário e indispensável à melhora da saúde, a recusa ao custeio do tratamento mostra-se injusta e decorrente de abuso, violando a justa expectativa da parte, o que revela a existência de dano moral a ser indenizado. 7. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, STJ. Recurso Especial nº 1651289/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 05/05/2017, grifo nosso)

Pelo exposto, deve-se descartar o argumento de que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas descumpriria os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Justamente pelos direitos fundamentais estarem diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

impensável a não aplicação destes direitos. Sabe-se que os princípios ao estarem em aparente conflito não deixam de ser aplicados, mas sofrem ponderação conforme o caso concreto, por isso, deve-se analisar como o Judiciário tem lidado com esta ponderação de valores.

Inclusive, como expõe Sarlet (2010, p.29), os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual são princípios fundamentais implicitamente consagrados e limites importantes para as intervenções nas relações privadas, mas não são obstáculos para a eficácia direta dos direitos fundamentais.

Em uma relação contratual os princípios da probidade e da boa-fé objetiva devem permear toda a relação, desde o pré-contrato até a sua execução, como previsto no Art. 422 do CC. Ademais, como disposto no Art. 421 do CC o princípio da autonomia da vontade será limitado pela função social do contrato: "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Como ressalva Venosa, o interesse social deve ser analisado pelo Poder Judiciário no caso concreto:

> [...] O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. Como procura enfatizar o atual diploma, o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade. Somente o caso concreto, as necessidades e situações sociais de momento é que definirão o que se entende por interesse social. (VENOSA, Coleção Direito Civil, v.2, 2009, p.366).

A função social do contrato de plano de saúde está em fornecer um serviço de qualidade para o consumidor. As cláusulas contratuais ao excluírem determinados tratamentos, principalmente em casos de emergência, colocam em risco a saúde e a vida do paciente-consumidor. Estas cláusulas são reiteradamente consideradas ilegais pelo Judiciário, por quebrarem a relação de confiança estabelecida entre o paciente-consumidor e os planos de saúde e, consequentemente, infringirem o princípio da boa-fé objetiva.

## 4.Danos Morais e a Teoria Da Indenização Punitiva

Os danos morais visam ao desestímulo das ações que causam dor e prejudicam psicologicamente a vítima, a estes é atribuído um valor compensatório

quando esta dor é comprovada, juntamente com a presença dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva: ato ilícito, culpa, dano e nexo causal.

Para Venosa o "dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima", sua atuação é nos direitos de personalidade. Para o autor, será dano moral aquele que gerar um "distúrbio anormal na vida do indivíduo" (2009, p. 41). Já Lisboa (2008, p.138) ressalta que o dano moral não possui valor econômico, devendo ser fundamentado em pena civil e desestímulo.

Enquanto para Sampaio Júnior (2009, p. 93) o instituto da responsabilidade civil passa atualmente por uma revisão, pois começa a ser visto não só como um meio de propiciar ressarcimento pelos prejuízos causados, mas também como uma maneira de estabelecer uma conduta socialmente desejável. Para o autor, isso se deu a partir do momento em que os danos morais tornaram-se passíveis de compensação pecuniária e também com a aplicação da teoria dos *punitive damages* (indenização punitiva) no direito brasileiro. Sobre o objetivo da indenização dos danos morais, diz Sampaio Junior:

> [...] O objetivo da responsabilidade civil, no que diz respeito aos danos morais, não é o de reparar o dano e recompor o patrimônio lesado, **mas sim compensar a vítima**. Não há como pretender retornar ao *statu quo ante*, por se tratar de uma violação a valores imateriais, sem correspondente pecuniário. A ofensa irrogada não pode ser apagada, e o dano causado à honra, à moral, à reputação ou à imagem, não pode ser desfeito. Por conseguinte, a indenização consiste em soma em dinheiro capaz de propiciar à vítima algum conforto, uma satisfação material pelo dano moral que lhe foi infligido. (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 95, grifo nosso).

Na prática, pode-se observar pelo Recurso Especial nº 1.421.512-MG, o dano moral é reconhecido pela nulidade da cláusula que recusa a cobertura da cirurgia de prótese. No caso, o recurso especial se deu porque o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou procedente o pedido de nulidade da cláusula, mas negou a compensação por danos morais. Enquanto, o STJ vem reconhecendo a caracterização de danos morais em casos de negativa de cobertura injustificada de prótese, pela dor causada ao paciente que já se encontra em uma situação de fragilidade e, por isso, o STJ deu provimento ao recurso.

Já no Agravo Regimental 602.526-RJ, o tribunal de origem seguiu o posicionamento do STJ reconhecendo a caracterização de danos morais na recusa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da cobertura, de maneira injustificada, em caso de cirurgia de urgência realizada por médico ou hospital não credenciado. O posicionamento do STJ é de que esta recusa injustificada caracteriza falha na prestação de serviço e devem ser compensados os danos materiais e morais causados. Desta maneira, o agravo foi improvido sendo mantida a decisão do tribunal de origem.

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO VERIFICADA. 2. CONTRATO SUBMETIDO ÀS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE COBERTURA INJUSTIFICADA. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE URGÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. SÚMULA 83/STJ. 3. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. 2. **Conforme entendimento adotado pela jurisprudência deste Tribunal Superior, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a recusa injustificada de autorização para realização de cirurgia de urgência feita por médico ou hospital não credenciados constitui falha na prestação do serviço, caracterizando o dano moral.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 602. 526 – RJ (2014/0273452-8) Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 03/02/2015, Terceira Turma, grifo nosso).

A teoria da indenização punitiva (ou *punitive damages*) tem como intenção valorar o dano moral de forma que a punição ao ofensor o desestimule a cometer a mesma infração. A teoria tem origem no direito inglês, e é muito aplicada no direito norte-americano. Discute-se doutrinariamente a aplicabilidade desta doutrina no direito brasileiro, porque o instituto do dano moral não tem por objetivo o enriquecimento da vítima:

> A aplicação do *punitive damages* nos Estados Unidos da América, que na década de 70 até os anos 90 privilegiou a fixação de indenizações em valores muito elevados, passando com frequência da cifra de milhão de dólares, tem servido, por vezes de argumento para a rejeição do caráter pedagógico-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> punitivo da reparação do dano moral no Brasil. (ZANETTI, 2009, p.96).

Quanto a indenização no direito à saúde, pode-se constatar no Relatório do Agravo Regimental 570.267-PE (2014/0214726-6) do STJ, o relator Ministro Moura Ribeiro afirmando que a verba indenizatória deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor, sem que constitua enriquecimento indevido:

> Sobre a alegação de ser exorbitante a verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema e a ausência de critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, esta Corte tem-se pronunciado no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. (BRASIL, STJ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 570.267-PE (2014/0214726-6), Relator: Ministro Moura Ribeiro, Documento 39123097. Data de Julgamento: 02/10/2014, Terceira Turma).

Esta postura jurisprudencial é criticada por Mendonça (2012, p. 90-3), pois para o autor, o STJ ao determinar a função compensatória e punitiva para a fixação do valor do dano moral, sem delimitá-las e determinar a sua composição, utiliza estes termos como recursos retóricos. Desta forma, o autor afirma ser imprescindível avaliar o valor indenizatório de maneira individualizada para analisar se há uma postura punitiva.

> [...] a técnica desenvolvida pela corte competente para dar a última palavra em matéria de indenização por danos morais pode não ser a melhor. Favorece-se, com ela, a criação de uma situação de incerteza e subjetividade. E – o que é mais grave – torna-se impossível saber se os montantes indenizatórios fixados são efetivamente capazes de realizar as funções a que se presta a responsabilidade civil, entre as quais a de dissuasão, mencionada apenas genericamente e sem qualquer critério técnico. [...] (MENDONÇA, 2012, p. 93).

Quanto ao objetivo de dissuasão da responsabilidade civil, para Mendonça será atingido quando o autor do dano for responsabilizado na exata extensão do seu dano (2012, p.95-6). Ademais, afirma que a redução da indenização não pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ser mais atrativa do que tomar as medidas necessárias para evitar o dano (2012, p. 103).

Mendonça (2012, p. 111-4) também destaca que as indenizações punitivas são utilizadas em casos nos quais o lesante tem a possibilidade de se esquivar da reparação integral dos danos que provoca, pois o estímulo para a realização destas atividades será excessivo. O autor afirma que Robert Cooter e Thomas Ulen sugeriram a utilização do múltiplo punitivo[3], quando o magistrado perceber que o autor do dano deixou de adotar determinadas medidas quando sabia que apenas uma parte dos lesados demandaria judicialmente.

Diante destas exposições doutrinárias, pode-se notar que a teoria da indenização punitiva não é claramente aplicada, pois, apesar do STJ utilizar-se do dano moral como compensatório e punitivo não determina em seus acórdãos quais valores referem-se a cada fator de compensação dos danos morais.

E os valores dos danos morais ainda são baixos se comparados com os dos tribunais americanos em que a indenização punitiva é aplicada na casa dos milhões de dólares. Conforme o relatório do Recurso Especial Nº 1.421.512 – MG, os valores de danos morais determinados pelo STJ não costumam ultrapassar R$ 20.000,00 não configurando, desta maneira, a aplicação da teoria da indenização punitiva nos moldes americanos.

> [...]Após análise de vários dos últimos precedentes desta Corte acerca do tema, todos publicados do ano e 2010 em diante: REsp 1.072.308/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 10.06.2010 (R$10.000,00); AgRg no Resp 1.088.992/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 06.12.2010 (R$10.000,00); AgRg no Ag 1.010.856/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 01.12.2010 (R$8.000,00); AgRg no Ag 1.085.240/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 15.02.2011 (R$4.000,00); Resp 1.167.525/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJe de 28.03.2011(R$30.000,00); REsp 1.190.880/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2011 (R$15.000,00); AgRg no REsp 1.253.696/SP, 4ª Turma, Rel. Min.Luis Felipe Salomão, DJe de 24.08.2011 (R$4.500,00); REsp 1.109.978/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 19.09.2011 (R$15.000,00); AgRg no AREsp 14.557/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 03.10.2011 (R$8.000,00); AgRg no AREsp 46.590/SP, 3ª Turma, Rel. Min.

> Sidnei Beneti, DJe de 07.11.2011 (R$5.000,00); REsp 735.750/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo,
>
> DJe de 16.02.2012 (R$20.000,00); e REsp 1.304.110/RJ, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 14.03.2012 (R$15.000,00) - e a partir de uma média aproximada dos valores neles estabelecidos a título de danos morais, afigura-se razoável a fixação da compensação nos termos que haviam sido estabelecidos na sentença de primeiro grau, ou seja, R$ 8.000,00 (oito mil reais). (BRASIL, STJ, Recurso Especial nº 1.421.512-MG (2013/03922820-1). Documento 33685152. RELATÓRIO E VOTO. Relatório, p.5. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 11/02/2014, Terceira Turma, grifo nosso).

Logo, há uma devida indenização punitiva por danos morais, mas as quantias estipuladas pelo STJ não configuram indenizações que fogem da realidade brasileira, condena-se ao pagamento das despesas da cirurgia e pelos danos morais causados. Nota-se a necessidade de equilíbrio nas relações contratuais. Afinal, o direito à saúde é sim um direito fundamental, mas os recursos da empresa (plano de saúde) são limitados e a recorrente interferência do Judiciário pode levar uma empresa a falência, afetando seu equilíbrio econômico-financeiro.

### 4.1 Ativismo Judicial e os efeitos econômicos das decisões desfavoráveis aos planos de saúde

A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sido recorrente nas decisões do Judiciário brasileiro e esta postura é classificada pela doutrina como ativismo judicial. Nas palavras de Barroso (2009, p.6) o ativismo judicial pode ser definido como uma "participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes." Ou seja, o Judiciário aplica a Constituição de forma mais ampla possível, atribuindo direitos muitas vezes ainda não propriamente regulamentados pelo Legislativo ou determinando a prática de políticas públicas ainda não instituídas pelo Poder Executivo.

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a **aplicação direta da Constituição** a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p.6, grifo nosso).

Neste trabalho não foi analisada a interferência do Judiciário no âmbito estatal, mas não se pode negar a constante interferência do Judiciário nas relações privadas. Deste modo, cabe aos planos de saúde adotar medidas preventivas para manter seu equilíbrio econômico-financeiro.

Os planos de saúde privados têm recursos limitados e dependem da contraprestação de seus segurados para se manterem economicamente viáveis. Com o aumento do custo na prestação de seus serviços, a lógica é os planos de saúde terem de aumentar as mensalidades, afinal, trabalha-se com o risco de enfrentar uma demanda judicial.

As relações contratuais são regidas pela autonomia da vontade, pela liberdade contratual, mas também são regidas pela boa-fé objetiva e pela função social dos contratos. Como afirmado por Garcia (2015, p. 19), a defesa do consumidor não é incompatível com a livre iniciativa e o crescimento econômico, pois ambos estão previstos como princípios constitucionais:

> A defesa do consumidor não é incompatível com a livre iniciativa e o crescimento econômico. Ambos estão previstos como princípios da ordem econômica constitucional, de acordo com o disposto no art. 170 da CF. Com isso, o Código de Defesa do Consumidor procura compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa. Nesse sentido, o empresário somente tem assegurado o livre exercício da atividade econômica (parágrafo único do art. 170 da CF) se respeitar e assegurar os direitos do consumidor. Como exemplo, o empresário poderá elaborar contrato de adesão, estipulando as cláusulas contratuais para o fim de sua atividade, desde que não sejam abusivas. (GARCIA, 2015, p.19).

O objetivo do Judiciário ao interferir nestas relações deve ser o de atingir o equilíbrio das relações contratuais. Por isso, é necessária a análise de cada caso em concreto para estipular a condenação e indenização proporcionais. Não se pode impor a uma empresa privada obrigações que seriam estatais, assim como não se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pode impor aos planos de saúde uma prestação desproporcional. Esta é a posição adotada por Ferreira (2011, 5.4):

> [...] Por serem contratos privados, aplica-se assim, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que representa a força vinculante das convenções, ou seja, tendo as partes por livre e espontânea vontade decidido firmar o contrato, ficam elas obrigadas a este, porém, restritivamente aos limites por ele estabelecidos. [...]

Os contratos de planos de saúde e suas cláusulas devem representar o limite para a prestação contratual, devendo haver reparação somente quando estas cláusulas se comprovarem abusivas conforme o plano contratado. Como já exposto, o STJ não considera abusivas cláusulas que limitam a cobertura de doenças, mas sim aquelas limitativas de formas de tratamento a doenças cobertas pelos planos.

Como destaca Mendonça (2012, p. 94), ao citar os conhecimentos de A. Mitchell Polinsk e Steven Shavell, a indenização na responsabilidade civil deve ser equivalente ao prejuízo provocado para que não provoque consequências socialmente indesejáveis, ou seja, resultados ineficientes:

> [...] Já diante de uma regra de responsabilidade subjetiva, caso a indenização corresponda fielmente ao prejuízo, o potencial causador de danos será induzido a cumprir o parâmetro de diligência exigido, tomando as medidas adequadas de precaução. Se a indenização superar o prejuízo, o lesante em potencial terá incentivos ainda mais fortes para encontrar o parâmetro de diligência. No entanto, caso a indenização seja inferior ao prejuízo causado, o parâmetro de cuidado poderá não ser cumprido, especificamente na hipótese em que os custos de precaução exigidos pelo parâmetro de cuidado forem superiores à indenização fixada, o que resultará em uma dissuasão inferior ao ótimo social (underdeterrence). (MENDONÇA, 2012, p.95).

O Judiciário deve considerar as consequências econômicas da responsabilidade civil, pois suas decisões influenciam nas posturas econômicas a serem adotadas pelas empresas. Quanto mais equilibradas forem as decisões, mais eficientes para a preservação da saúde do segurado serão as respostas dos planos de saúde.

**5.Considerações Finais**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por todo o exposto, conclui-se pela aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, principalmente diante do ativismo judicial cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana compõe o mínimo existencial dos direitos fundamentais sociais como o direito à saúde. Desta maneira, o Judiciário vem aplicando a nulidade de cláusulas consideradas abusivas. O STJ entende que os planos de saúde podem estabelecer as doenças incluídas na cobertura, mas não o tratamento destas.

Nas ações de responsabilidade civil por descumprimento destes contratos, além do ressarcimento por estes tratamentos, vem sendo concedida indenização por danos morais pelo agravamento psicológico do segurado. Contudo, a aplicabilidade da teoria da indenização punitiva ainda não é clara, pois alega-se o caráter compensatório e punitivo dos danos morais, mas estes fatores não têm sido destrinchados nas decisões judiciais.

Questiona-se a recorrente interferência do Judiciário nas relações privadas, porque a proporcionalidade e razoabilidade deve estar presente tanto na ponderação dos princípios quanto na fixação das indenizações. Encargos maiores do que as suas responsabilidades contratuais não devem ser impostos às empresas privadas.

## 6.REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Manual de Direito do Consumidor.** 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Atualidades Jurídicas, nº 4. Janeiro e Fevereiro: 2009. Atualidades Jurídicas, nº 4. Janeiro e Fevereiro: 2009. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf Acesso em 19 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Acesso em 05 de dez. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1809914/ES.** Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, Brasília. 22 de outubro de 2019. Terceira Turma. Disponível em https://www.2.stj.jus.br. Acesso em 05 dez. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1247880/MS.** Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Distrito Federal, Brasília. 24 de agosto de 2018. Quarta Turma. Disponível em https://www.2.stj.jus.br. Acesso em 05 dez. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1651289/SP.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Distrito Federal, Brasília. 05 de maio de 2017. Terceira Turma. Disponível em https://www.2.stj.jus.br. Acesso em 05 dez. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 570.267-PE.** Relator: Ministro Moura Ribeiro. Distrito Federal, Brasília. 02 de outubro de 2014. Terceira Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/ Acesso em 10 fev. de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.421.512-MG**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Distrito Federal, Brasília. 11 de fevereiro de 2015. Terceira Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/. Acesso em 25 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 602.526–RJ.** Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Distrito Federal, Brasília. Data de Julgamento: 03 de fevereiro de 2015. Terceira Turma. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/. Acesso em 10 fev. de 2015.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Art. 51. In: COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da (org), FRONTINI, Paulo Salvador (coord**). Código de Defesa do Consumidor interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** Barueri,SP: Manole, 2013. p.134-142

FERREIRA, Maria Beatriz Crespo. **A Reserva do Possível e os Contratos Privados de Plano de Saúde.** In: Poder judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica, Cap. 5. Coordenadores Fernando Rister de Sousa Lima, Otávio Henrique Martins Port, Rafael Sérgio Lima de Oliveira. Rio de Janeiro: Elselvier, 2011. *E-book Kindle.*

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência.** Salvador,BA: Juspodivm, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z.** Baureri, SP: Manole, 2008.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua qualificação.** São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais.** São Paulo: LTr, 2013.

NUNES, António José Avelãs. SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde.** Estado e Constituição – 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. *E-book Kindle.*

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PSCHEIDT, Kristian Rodrigo. **Agência Nacional de Saúde Suplementar: o Estado e a saúde privada no Brasil.** Curitiba: 2014. *E-book Kindle.*

RIBEIRO, Daniel Conde Falcão. **As possíveis razões para o cancelamento da Súmula 469 do STJ mediante o justo pleito das autogestões de saúde.** Migalhas, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI307783,71043-As+possiveis+razoes+para+o+cancelamento+da+sumula+469+do+STJ+mediant e Acesso em 05 de dezembro de 2019.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil brasileiro.** Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009. Em e-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 3ed. rev e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira.** In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, cap.1. p.13-36. SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.11. setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf. Acesso em 19 de fev. 2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SARMENTO, Daniel. GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** Revista TST, Brasília, Vol. 77, nº 4, out/dez 2011**.** Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28342 Acesso em 19 de fev. 2015

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, plano de saúde e seguro-saúde.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivado.** São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos (**Coleção direito civil; v.2). 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA. **Direito civil: responsabilidade civil** (Coleção direito civil; v.4)**.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina.** São Paulo: LTr, 2009.

---

[1] Seguindo este entendimento: STJ: Agravo Regimental nº 570.267-PE (2014/0214726-6), Agravo Regimental nº 7.865-RO (2011/0093740-9), Agravo Regimental nº 192.612-RS (2012/0128066-5), Agravo Regimental nº 368.748-SP (2013/0219073-0).

[2] Seguindo este entendimento: STJ Recurso Especial nº 1.421.512-MG (2013/03922820-1), Recurso Especial nº 1.364.775 - MG (2012/0271075-0).

[3] O múltiplo punitivo é o fator que calcula o "prejuízo sofrido pela vítima multiplicado pela recíproca probabilidade de responsabilização do causador do dano, ou seja, pela recíproca do erro de execução" (MENDONÇA, 2012, p.113).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# CONSCIENTIZAÇÃO ECOLÓGICA, GAME STUDIES E LEI 9795/99: A BUSCA DE VALORES AMBIENTAIS ATRAVÉS DE JOGOS ELETRÔNICOS DE EDUCAÇÃO PARA A SUSTENTABILIDADE

**THIAGO DOS SANTOS ROCHA**: Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito do Consumidor, Direito Constitucional Aplicado e em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Autor dos livros "A violação do direito à saúde sob a perspectiva do erro médico" (Editora CRV, 2016) e "A aplicação do Código de defesa do consumidor à relação médico-paciente de cirurgia plástica" (Editora Lumen Juris, 2017).

**RESUMO:** Os games de educação para a sustentabilidade representam verdadeira manifestação de busca do atingimento dos princípios e objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental, vez que possibilitam a crianças e jovens a assimilação de valores ambientais. Nesses termos, a educação ambiental, tema de Direito Ambiental, vai ter relação direta com o tema dos Game Studies e com a Lei 9795/99, sendo o contexto escolar um ambiente propício ao desenvolvimento das finalidades do legislador brasileiro no que tange à assimilação dos valores ecológicos.

**Palavras-chave:** game studies; educação ambiental; direito ambiental; sustentabilidade.

**ABSTRACT:** ecological video games represent a true manifestation of pursuingf the principles and goals of National Education for Sustainability Policy, as these games give to children and youngsters the oportunity to assimilate ecological valors. In this way, ecological education, na Environmental Law theme, has a straight appoximation to Game Studies subject and Federal Law 9795/99, and the school context has a plain environment for the development of the legislator's objectives, when it concerns to ecological valors assimilation.

**Keywords**: game studies; ecological education; environmental law; sustainability.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE E DA RACIONALIDADE AMBIENTAL NO CONTEXTO DOS GAME STUDIES. 3. DOS VALORES AMBIENTAIS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Inicie-se este texto mencionando que a ideia ecológica e sua relação com os jogos eletrônicos foi abordada no jornal francês *Le Monde*: em abril de 2019, foi veiculada matéria jornalística no referido periódico da internet, intitulada "Les jeux vidéo peuvent-il sensibiliser à la cause écologique?", de autoria dos jornalistas William Audureau e Corentin Lamy. A abordagem realizada no texto versa sobre a potencialidade dessas mídias de tratarem acerca de temas relevantes do cotidiano, tais como o meio ambiente, seja de forma profunda, seja de forma superficial.

"Os videogames podem sensibilizar quanto à causa ecológica?", perguntam-se os autores no referido título do artigo. Da inocente proteção dos animais em Sonic the Hedgehog – jogo de 1991 do console Mega Drive – à tutela do fundo dos oceanos em Ecco the Dolphin – lançado um ano depois para a mesma plataforma –, da temática dos reatores nucleares em Final Fantasy VII – game que causou imensa repercussão no ano de 1997 no console Playstation – à concepção dos green games: os jogos eletrônicos cumprem função de entretenimento, mas também se valem de narrativas informativas e críticas, trazendo mensagens ideológicas às vezes de forma ingênua, estranha ou até mesmo cínica (AUDUREAU; LAMY, 2019).

Conforme Rocha (2017) explicita no artigo intitulado "Jogos eletrônicos, direito do consumidor e princípio da fraternidade", uma das problemáticas que envolvem os videogames – no que diz respeito à questão ambiental – seria a questão da logística reversa do lixo eletrônico e o perigo no que diz respeito aos metais pesados presentes nos componentes internos desses aparelhos. A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei 12.305/10 – dispõe que a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos seria o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida desses produtos (art. 3º, XVII). Ainda: no art. 6º, I, define como princípios da Política Nacional de Resíduos sólidos a prevenção e precaução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É possível afirmar que a concepção acerca dos chamados *green games* estaria bastante conectada a essa perspectiva de prevenção e precaução, pois esses jogos seriam tanto aqueles que são capazes de estimular o pensamento ético para com a sustentabilidade ambiental – isso no plano do conteúdo do jogo –, como também se pode falar numa nova forma de consumir os produtos, que seria a aquisição digital no lugar da compra de cartuchos ou mídias físicas, produzindo-se menos resíduos sólidos.

Prevenir e precaver o descarte do lixo eletrônico na natureza são atitudes fundamentais numa sociedade de risco em que os dejetos químicos podem ocasionar doenças como o câncer, por exemplo. Os autores Chang e Parham (2017, p. 2) abordam a questão do consumo de energia e da poluição por elementos químicos gerados pela utilização de computadores e jogos informáticos:

> In relation first to matter, concerns have long been expressed about the difficulties of recycling the numerous, varied minerals and metals from which computers are manufactured and about the toxic chemicals – mercury and lead in circuit boards; cadmium in batteries, ink, cables and screens – that can contaminate groundwater, pollute air, or, in the case of cadmium, precipitate kidney, bone, or lung disease (see Mazurek 53-63; ewasteguide.info). Such concerns have been exacerbated by instances of social-environmental justice relating to the 'offshoring' of e-waste and the recycling of toxic matter in developing countries, with perilous human and environmental consequences (Rust 92-5; Maxwell and Miller ch.4; Urry). Correspondingly, in terms of energy use, carbon emissions, and, ultimately, climate change, Cubitt notes that, while cloud computing has been lauded as a greener alternative to 'ecologically destructive' hardware, the relentless move to media rich, interactive, and unendingly networked content that it helps serve is giving rise to demands which can only be met by vast and numerous server farms which are exponentially increasing energy use. For example, Cubitt reports that Blizzard, the company behind the globally popular massively multiplayer online role-playing game (MMORPG) *World of Warcraft* is estimated to have around five hundred servers in the US and beyond supporting its 7.7 million subscribers.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A inquietação sobre os problemas ecológicos tem se acentuado na medida em que, ao longo dos séculos XX e XXI, a humanidade teve a oportunidade de assistir às mazelas do dano ambiental. Em sua obra "La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad", Beck (1998) afirma que, na modernidade reflexiva, a produção social de riqueza vem necessariamente acompanhada da produção de novos riscos. Se num primeiro momento, na época da industrialização, os danos advinham somente das máquinas, agora, com as novas tecnologias, podem vir das nanopartículas, dos medicamentos, dos agrotóxicos, da energia nuclear, da poluição, etc. A sociedade de risco apresenta uma nova aflição que atinge as searas ética, jurídica e pedagógica.

A crise ambiental pode ser entendida como a dissociação ou distanciamento do ser humano para com o meio natural, o que faz com que haja uma utilização predatória e antropocêntrica do meio ambiente. Isso gera poluição, aquecimento global, escassez de água, doenças, aumento de catástrofes ambientais, alterações climáticas, tempestades, erosão, descarte inadequado do lixo.

Diante do quadro de degradação do meio ambiente, é necessário que haja a adoção de metas ou ações teleologicamente voltadas ao tema das soluções efetivas e da prevenção de danos. Assim é que são adotadas medidas como a gestão ambiental pelos governos e empresas; as políticas públicas de educação para a sustentabilidade; e a adequada destinação dos resíduos sólidos.

O planejamento ambiental consistiria numa forma de se atingir o desenvolvimento sustentável com a minimização de impactos ambientais, conforme explicitam Rodrigo Cornacini Ferreira e Juliana Vamerlati Santos:

> Na década de 1980, contrário a uma visão histórica muitas vezes positivista e progressista, atreladas a um desenvolvimento econômico desenfreado como se as fontes de recursos naturais fossem inesgotáveis, cresce a ideia de um planejamento racionalizando as ações antrópicas dentro das limitações de cada ecossistema. A este tipo de planejamento nomeou-se como planejamento ambiental, que pode ser entendido como todo planejamento que prioriza valorizar e conservar a biodiversidade, beneficiando de forma sustentável a vida de uma determinada biosfera. O objetivo principal do planejamento ambiental é atingir o desenvolvimento sustentável, minimizando os impactos ambientais, preservando e conservando a flora e a fauna. Um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> planejamento ambiental deve sempre buscar o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e limitações ligadas ao ecossistema, prevendo até mesmo possíveis desequilíbrios ecológicos, crises energéticas e alimentares de um território" (FERREIRA; SANTOS, 2011, p. 15).

E a solução, ou pelo menos uma proposta de solução para fins de conscientização ambiental, é que dentro da ideia de planejamento, deva ser colocado o objetivo primordial de assimilação de valores ambientais pela sociedade, sem os quais cada célula, cada indivíduo em si continuará a contribuir com a degradação.

A educação para a sustentabilidade ingressa como método ou política capaz de mover cada um no rumo de uma visão holística, numa concepção fraterna, integrando todos uma noção de comunidade, atentos ao fato de que o meio ambiente é bem comum, nos termos da própria Constituição Federal.

O objetivo geral do presente artigo é formular uma hipótese segundo a qual a disseminação da educação ambiental tem a capacidade de promover valores ambientais que devem ser construídos nos âmbitos estatal e privado. A economia criativa, dentro de sua proposta de desenvolvimento de *serious games* ou jogos sérios, contribui para o planejamento ambiental.

Objetiva-se demonstrar que as desenvolvedoras de *serious games*, em termos de ações, projetos e design de produtos, promovem a educação para a sustentabilidade. A partir do momento que tais jogos são aplicados em contextos escolares, consegue-se ganhar um nível de eficácia ainda maior, que atende às finalidades da Lei 9795/99, no que tange aos princípios básicos e objetivos fundamentais da educação ambiental.

Trabalha-se o tema dos *Game Studies* enquanto campo de estudo de narrativas, design e repercussão social, mencionando exemplos de jogos que contribuem para a educação ambiental. É dizer: pretende-se demonstrar a relação entre a cibercultura para com a finalidade ecológica. Vai-se demonstrar o que são os valores ambientais, peças fundamentais na construção da sociedade fraterna comprometida com o planeta.

## 2. O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE E DA RACIONALIDADE AMBIENTAL NO CONTEXTO DOS GAME STUDIES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A complexidade ambiental comporta abordagens jurídicas, filosóficas e de ordem educacional. Cembranel (2015, p. 149-150) afirma que os estudos de Enrique Leff e Edgar Morin vão culminar numa "teoria da complexidade e racionalidade ambiental". Na opinião da autora:

> Existe uma relação próxima entre os conceitos de racionalidade ambiental cunhado por Enrique Leff e o conceito de complexidade cunhado por Edgar Morin. Ambos salientam que o todo é muito mais do que uma mera soma de partes e que todos os aspectos devem ser observados, jamais de forma distinta, mas como parte de um todo. A racionalidade prevê o entendimento do meio ambiente como um conjunto de ciências e campos disciplinares do saber, sistemas de valores e crenças evidenciando o ambiente como algo influenciável pelos diversos conhecimentos existentes. De modo semelhante, a complexidade busca valorizar o todo como algo baseado na educação e na visão desse conjunto, considerando sua complementaridade e indivisibilidade.

Enrique Leff, sociólogo ambientalista nascido no México, escreveu obras a respeito da racionalidade ambiental. Trabalha tanto a questão da epistemologia – que seria o conhecimento e sua metodologia –, como como a racionalidade ambiental – que seria o contraponto à racionalidade do ponto de vista da economia.

Já Edgar Morin é um antropólogo e filósofo que aborda a teoria da complexidade em sua obra. O que seria a teoria da complexidade? É uma visão interdisciplinar que pode ser aplicada desde à área das ciências exatas, biológicas ou mesmo à área de humanas. Esse pensamento, na ideia de Morin, tem por objetivo evitar estudos reducionistas e compartimentalizados.

O estudo das obras desses autores possibilita a observação de que o paradigma antropocêntrico necessita ser superado. E a superação desse paradigma, inserindo-se uma ideia biocêntrica no seio do entendimento coletivo, sobretudo por meio da pedagogia/andragogia, pode ser a resposta para o futuro.

Dando-se foco à seara pedagógica, à ideia de construção de uma ética para a sustentabilidade, dentro da perspectiva do que indicam os princípios básicos e os objetivos fundamentais da educação ambiental, previstos em lei: somente o comportamento ético, capaz de levar o cidadão ao exercício político de uma crítica e de um posicionamento racional perante a atuação de governos, empresas e de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

toda a sociedade será útil e eficaz no desenvolvimento da tão almejada sustentabilidade para a presente e as futuras gerações. O filósofo alemão Hans Jonas defende uma ética baseada no princípio da responsabilidade.

Barbosa (2017, p. 167) defende a "reformulação do imperativo categórico kantiano pelo imperativo jonasiano". Nas palavras do autor:

> [...] Daí se fazer necessário uma nova postura diante dos problemas modernos, uma nova proposta ética para a civilização tecnológica, que Jonas leva a cabo partindo do princípio da responsabilidade. Diante da eminente catástrofe do mundo natural e da própria humanidade, produzida pelo poder do ideal baconiano, faz-se 'necessário agora, a menos que seja a própria catástrofe que nos imponha um limite, um poder sobre o poder – a superação da impotência em relação à compulsão do poder que se nutre de si mesmo na medida de seu exercício' [...]. Trata-se de uma praticidade que equilibre os exageros e excessos do poder destrutivo humano. Se a ética tradicional e os sistemas de vida moderno se centraram no hoje e agora da vida, a proposta jonasiana leva em consideração a existência da geração futura como imperativo ético [...] (BARBOSA, 2017, p. 167).

Essa construção de uma educação para a sustentabilidade também se faz presente em termos de normas jurídicas. Primeiramente, veja-se o que diz a Lei 9795/99:

> Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.
>
> Art. 2º A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.

O Princípio 19 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano e o art. 225, §1º, VI da Constituição de 1988 definem a educação ambiental

como um verdadeiro princípio. E antes mesmo que houvesse uma lei definindo uma política nacional de educação ambiental, a própria Lei da Política Nacional de Meio Ambiente – Lei 6938/81 – já definia a educação ambiental em todos os níveis de ensino como um princípio.

Veja-se o que dispõe o art. 3º da Lei 9795/99, disciplinando os deveres de cada setor da sociedade no sentido de implementação da Política Nacional de Educação Ambiental:

> Art. 3º Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo:
>
> I - ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;
>
> II - às instituições educativas, promover a educação ambiental de maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem;
>
> III - aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, promover ações de educação ambiental integradas aos programas de conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;
>
> IV - aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;
>
> V - às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente;
>
> VI - à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> identificação e a solução de problemas ambientais (BRASIL, 1999).

Durante a Conferência Rio 92, foi celebrado o Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global. Nos Parâmetros Curriculares Nacionais, a educação ambiental é considerada um tema transversal. Deve ser abordada dentro de pautas econômicas, políticas e ecológicas em todas as disciplinas (CARVALHO; CARVALHO JUNIOR; GAMA, 2012, p. 526).

Assim, diante de tamanha responsabilidade da sociedade para com a educação ambiental, passaram a ser desenvolvidos, dentro da iniciativa privada, naquilo que ficou conhecido por economia ou indústria criativa, jogos eletrônicos – que podem ser considerados como exemplos de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) – com a finalidade específica de promover a educação ambiental.

Quinaud e Vanzin (2018, p. 75) assim se referem quanto à economia ou indústria criativa:

> A economia criativa desponta como um conjunto de atividades econômicas ligadas às artes, à cultura, às novas mídias e à criatividade em geral, tem forte conteúdo de intangíveis e requer habilidades especiais da força trabalho, além de apresentar estreita relação com os avanços científicos e tecnológicos. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU) as atividades econômicas criativas encontram-se no cruzamento das artes, da cultura, dos negócios e da tecnologia, compreendendo o ciclo de criação, produção e distribuição de bens e serviços que utilizam o conhecimento e a criatividade como seus principais inputs (*United Nations Conference on Trade and Development* [UNCTAD], 2010). John Howkins (2005) concluiu que uma economia criativa seria a relação entre criatividade, o simbólico e a economia. Independente da definição das indústrias, o conjunto das atividades econômicas que dependem do conteúdo simbólico, como, por exemplo, do conhecimento e da criatividade, geram um tipo de economia.

Juliano Maurício de Carvalho e Pedro Santoro Zambon fazem a seguintes considerações sobre a relação entre jogos eletrônicos e indústria criativa:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Segundo esta definição, a atividade de jogar seria uma atividade de entretenimento diretamente ligada à ludicidade, mas com definições claras e delimitadas, tanto pelo tempo e espaço, quanto por regras previamente estabelecidas. Ao entrar em convergência com o suporte tecnológico eletrônico a partir dos anos 1960, ampliaram-se as possibilidades dentro do ato de jogar, criando uma nova mídia e permitindo maior imersão e interatividade. Deste modo concebe-se o game não apenas como um tipo genérico de jogo que se processa e opera por meio de um computador, mas também como uma linguagem, que, como tal, possui suas particularidades. 'O videogame é um expressivo e complexo fenômeno cultural, estético e de linguagem, que foi capaz de desenvolver, ao longo de seu curto período de existência, toda uma retórica própria' (CARVALHO; ZAMBON, 2013, p. 59).

Perceba-se, então, que a iniciativa deste artigo visa a fazer uma associação entre a temática do meio ambiente e os Game Studies, um campo de estudos culturais que se desenvolveu internacionalmente a partir dos trabalhos de Espen Aarseth. Os Game Studies abordam as mais diversas formas de utilização dos jogos eletrônicos enquanto cultura e suas expressões semióticas, etnográticas, educacionais e antropológicas. É, portanto, um campo de estudo interdisciplinar, nos moldes propostos por Edgar Morin. Fragoso (2017, p. 20) levanta a questão dos desafios da pesquisa em games no Brasil e fala sobre a interdisciplinaridade referida:

> [...] Essa divisão em 'áreas subdisciplinares' parece ser a base dos 3 eixos que caracterizam atualmente a pesquisa sobre games, identificados na literatura em língua inglesa como game programming (programação de games), game design (design de games) e game studies (estudos de games). O primeiro, game programming, trata da programação e aspectos técnicos em geral, no nível do software e do hardware. O segundo, game design, volta-se para questões relativas à criação: métodos e técnicas de projeto, desenvolvimento e validação de mecânicas, de dinâmicas, dos mundos de jogo e seus elementos. O terceiro, game studies, considera, por um lado, a inserção e influência dos games no cenário sociocultural, político e econômico e, por outro, aspectos internos do próprio game (características do mundo do jogo, de seus personagens, de sua narrativa, etc.), bem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> como de seu contexto imediato (experiência de jogo, gameplay, etc.). Os 3 são multidisciplinares, embora seja possível identificar uma área de conhecimento predominante em cada um: computação em game programming, Design em game design e Comunicação em game studies.

Bez et al (2015) mencionam que os jogos eletrônicos podem se caracterizar até mesmo como numa experiência hermenêutica. Assim, os alunos em sala de aula internalizam valores e a própria sensibilidade ecológica. Os autores tomam como exemplo prático o jogo *Sustain*, e afirmam que o direito ambiental pode ser ensinado de uma forma muito mais lúdica, em detrimento de paradigmas repetitivos e já enfadados. A educação jurídica precisa ser reconstruída tanto por alunos quanto por professores em sala de aula.

Outros exemplos de jogos que propõem a educação ambiental e que são referidos na literatura científica seriam o *Jogo do Meio Ambiente*, que aborda as temáticas do lixo, da reciclagem, da poluição e das zonas urbana e rural (MEDEIROS; MIRANDA, 2011); assim como *Sim City*, *Rollercoaster Tycoon* e *Civilization*, que possibilitam a inserção do aluno nas noções de planejamento urbano (SQUIRE, 2006).

O diálogo entre os *Game Studies* e a educação ambiental tem uma perspectiva interdisciplinar que se adequa à ao pensamento de Morin (2003), o qual menciona que, ao mesmo tempo em que existe uma inadequação na maneira fragmentada ou isolada de se desenvolverem os saberes – questão metodológica – , existiria também o incremento dos problemas que demandam soluções globais, multidimensionais ou multidisciplinares – questão fática.

Morin (2003) entende que o progresso de uma ciência muitas vezes se dá não em função da sofisticação, mas simplesmente pela capacidade do estudioso de contextualizar o conhecimento. Aduz, ainda, que a proliferação de estudos ad hoc gera a própria regressão e enfraquecimento da democracia. Os doutores compartimentalizam suas análises, fecham o saber. Ao mesmo tempo, o cidadão comum fica alijado do avanço e das benesses que essa sabedoria poderia trazer à própria humanidade.

A colocação de Edgar Morin cabe como uma luva à presente proposta de argumento: visa-se a demonstrar que a problemática existente sobre Meio Ambiente e *Game Studies* seria como a educação ambiental ganharia eficácia para fins de atendimento às finalidades da legislação brasileira. O objetivo do legislador é estabelecer a conscientização ambiental como um projeto educativo multinível –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em caráter formal e não formal e em todos os níveis de ensino – que se coadune com o modelo previsto na Lei 6938/81 e Lei 9795/99 (BRASIL, 1981, 1999). As mencionadas TICs são apenas um pequeno exemplo de um compromisso bem maior estabelecido pelo Estado e pelos particulares.

Pergunta-se, então: pode-se considerar isso uma forma de planejamento ambiental? Em que medida tais jogos podem contribuir para a conscientização ambiental? Como esses games contribuem para o desenvolvimento político de uma ética ambiental e como é possível falar numa educação para os direitos humanos por meio desses projetos escolares?

Na era dos novos direitos e novos sujeitos é preciso falar em resgate e manutenção dos valores ambientais. São esses valores, a serem transmitidos pela educação ambiental, que serão capazes de promover a sustentabilidade.

## 3. DOS VALORES AMBIENTAIS

São exemplos de valores ambientais, conforme mencionam Bissaco e Bonotto (2017): a vida; a diversidade cultural; a diversidade de formas de conhecimento; a sociedade sustentável; o princípio participativo; a solidariedade; a responsabilidade; a cooperação. De nossa parte, fazemos questão de mencionar a fraternidade como um valor.

O art. 4º da Lei 9795/99 traduz esses valores:

> Art. 4º São princípios básicos da educação ambiental:
>
> I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo;
>
> II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade;
>
> III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;
>
> IV - a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais;
>
> V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> VI - a permanente avaliação crítica do processo educativo;
>
> VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais;
>
> VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural (BRASIL, 1999).

Em tempos de cibercultura, de cibersociedade e de hibribização de mídias, os jogos eletrônicos demonstram ser aquelas mídias que, no âmbito escolar, colaboram para o aperfeiçoamento das linguagens, do ensino de geografia, história, dentre diversas outras disciplinas.

A educação ambiental vai ser, justamente por meio dessas novas formas de expressão, de associações entre game e *internet*, entre comunidades online e entre usuário e máquina-narrativa, uma forma de negócio para as empresas que concebem o *software*, mas também será uma maneira de conscientização de um determinado público – as crianças e os adolescentes. Esses *softwares* serão empregados tanto em escolas públicas como privadas, como relata a literatura científica nacional e estrangeira.

O aluno aprende com base numa experiência baseada no *design* do jogo, através de erros, desafios e premiações, construindo-se uma identidade por meio da busca da solução de problemas propostos nos games (SQUIRE, 2006). Há uma verdadeira internalização da sensibilidade ecológica. Assim, adquirirá o estudante uma visão humanística, holística e democrática acerca da proteção do meio ambiente.

E dentro daquilo que já foi mencionado pelo autor Isaías Mendes Barbosa, acerca de princípios éticos:

> A ética jonasiana baseada no princípio da responsabilidade intenta refletir sobre a realidade moderna para propor caminhos de resolução aos problemas criados pelo ser humano. Se antes a ética estava centralizada nas relações humanitárias em nível antropológico, cultural, ético e político, no mundo tecnicista, transformador da natureza e do próprio ser humano, a ética jonasiana tem o desafio de responder a uma sociedade onde o avanço técnico-científico se torna o paradigma influente e imperativo de civilidade. Junto a ele devem se integrar as bases fundamentais da vida humana, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> saber, a realidade planetária. Pois este se tornou objeto de consumo-descartável. A ética é uma proposta de vida que resgata princípios fundamentais da manutenção e continuação da sociedade humana. Por isso que o futuro, as gerações, a existência, a política, a tecnologia e o meio ambiente fazem parte essencial de sua reflexão. Num mundo em constante transformação, faz-se necessário uma base de fundamentação. E o princípio que maior corresponde com um envolvimento integral e participativo é o da responsabilidade" (BARBOSA, 2017, p. 168).

A construção de um paradigma ético e de uma ordem de valores para com a sustentabilidade encontra fundamento até mesmo na defesa do meio ambiente na Carta de 1988. Os direitos fundamentais são normas-princípios. A defesa do meio ambiente na Constituição é um princípio. Nem por isso deixa de ter aplicabilidade imediata, vez que o art. 5º, §1º da Carta Maior institui o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que visa a dar maior densidade aos textos principiológicos.

Considerar essa premissa é dar ao cidadão a capacidade de encontrar, na própria Constituição, uma rede axiológica de fundamentos e de valores para a defesa do meio ambiente. Veja-se, primeiramente, o que dispõe o Preâmbulo constitucional, que, apesar de não de ser norma jurídica, é recurso de hermenêutica.

O preâmbulo menciona a liberdade como um valor, a segurança como um direito, o bem-estar como um objetivo a ser atingido. Registra, também, a igualdade, que, no Estado Democrático de Direito, deve ser perseguida segundo um critério material e não apenas formal. A justiça se constitui na finalidade do próprio Direito, é o valor que dá gênese à construção de ordenamentos jurídicos e que fundamenta o Direito Ambiental e da rede axiológica que gira ao entorno dele.

E nos próprios "Princípios Fundamentais" constitucionais encontram-se, ainda, ideias como a dignidade da pessoa humana; a cidadania; a construção de uma sociedade livre justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais.

Todas essas ideias são valores que podem ser trazidos pelos designers de games para o contexto dos jogos sérios, promovendo, no âmbito da educação ambiental, uma aliança entre o entretenimento e a ética para a sustentabilidade. A imersão no jogo, a conquista de fases, as vitórias angariadas e as narrativas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

construídas podem ser os alicerces do jovem cidadão que propaga, desde cedo, a cultura de um meio ambiente sadio, que precisa valorizar a reciclagem, a economia de energia, de água, a preservação da vida animal e da flora.

O aluno precisa tomar contato, também, com as situações distópicas – a poluição, o aquecimento global, o derretimento danoso das geleiras, as enchentes, etc. O jovem aprende, assim, o que promover e o que combater no âmbito do videogame de educação para a sustentabilidade. O art. 5º da Lei 9795/99 menciona:

> Art. 5º São objetivos fundamentais da educação ambiental:
>
> I - o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos;
>
> II - a garantia de democratização das informações ambientais;
>
> III - o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social;
>
> IV - o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania;
>
> V - o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade;
>
> VI - o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia;
>
> VII - o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade (BRASIL, 1999).

Assim, os jogos eletrônicos de educação para a sustentabilidade têm por objetivo primordial cumprir com esses objetivos e valores expressados na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

legislação. A construção do futuro e a garantia das futuras gerações depende dos valores baseados na sustentabilidade. Nesses termos é que se afirma que a contribuição dos videogames e jogos digitais de educação ambiental promove o planejamento para a sustentabilidade, dentro da perspectiva da cibercultura no contexto escolar.

## 4. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, fica demonstrado que a Política Nacional de Educação Ambiental tem destinatários, os quais devem cumprir com os princípios e valores expressos na Lei 9795/99. Os jogos de videogame são uma forma de adaptar essas finalidades do ordenamento aos contextos escolares por meio da cibercultura, ou seja, a convergência das mídias – o jogo e a internet, ou apenas o jogo.

As interações entre a máquina e a criança ou jovem dar-se-ão por meio de propostas criadas pelos game designers e pelas narrativas contidas no game. Assim, os mecanismos de gamificação – tais como passar de fases, conquistar moedas e vitórias ou mesmo matar os inimigos – possibilitarão o engajamento do aluno nas questões ecológicas, dentro de perspectivas hermenêuticas e de assimilação de valores.

Conclui-se afirmando que o universo dos games tem ganhado muito mais expressões benéficas que danosas na sociedade, e que os Game Studies constituem o campo de saberes voltados para essas facetas relacionadas ao design, manifestações culturais e antropológicas dos jogos. O Brasil com certeza ainda produzirá muito nesse âmbito de estudo e também em termos de concepção de títulos a serem lançados no mercado, graças à criatividade e empenho de todos que vem colaborando para os setores acadêmico e mercadológico.

## 5. REFERÊNCIAS

AUDUREAU, William; LAMY, Corentin. Les jeux vidéo peuvent-ils sensibiliser à la cause écologique?. **Le Monde**. 1 abr. 2019. Disponível em: <https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/04/01/les-jeux-video-peuvent-il-sensibiliser-a-la-cause-ecologique_5444352_4408996.html. Acesso em: 14 de agosto de 2019>.

BARBOSA, Isaias Mendes. A ética da responsabilidade em Hans Jonas: crítica à modernidade e novos caminhos de atuação. **Revista Annales**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 161-168, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BEZ, M. R. et al. Games in the environmental context and their strategic use for environmental education. **Revista Brazilian Journal of Biology**, São Carlos, v. 75, n. 2, mai. 2015.

BISSACO, Cristiane Magalhães; BONOTTO, Dalva Maria Bianchini. Valores ambientais na educação infantil. **Revista eletrônica do mestrado em educação ambiental**, Rio Grande, v. 34, n. 3, p. 263-282, set./dez. 2017.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. **Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=321. Acesso em: 15 abr. 2019.

CARVALHO, Daniele Teixeira; CARVALHO JUNIOR, Ronaldo Pimenta de; GAMA, Sonia Vidal Gomes da. Geografia, planejamento ambiental e educação ambiental: entre os parâmetros legais e as práticas reais. **Revista Geo UERJ**, ano 14, v. 2, n. 23, p. 524-551, jul./dez. 2012.

CARVALHO, Juliano Maurício de; ZAMBON, Pedro Santoro. Reflexões para uma abordagem de games enquanto indústria criativa. *In*: SB GAMES, 12., 2013. São Paulo. **Proceedings of SB Games**. São Paulo, out. 2013. p. 58-64.

CEMBRANEL, Priscila. Teoria da complexidade e racionalidade ambiental: um estudo bibliométrico acerca dos estudos de Leff e Morin. **Revista Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 51, n. 2, p. 144-151, maio/ago. 2015.

CHANG, Alenda; PARHAM, John. Green computer and video games: an introduction. **Revista Ecozon@**, v. 8, n. 2, 2017, p. 1-17.

FERRREIRA, Rodrigo Cornacini; SANTOS; Juliana Vamerlati. **Planejamento ambiental**. Curitiba: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná, 2011.

FRAGOSO, Suely. Desafios da pesquisa em games no brasil. *In*: FALCÃO, Thiago; MARQUES, Daniel (Org.). **Metagame**: panoramas dos game studies no Brasil. São Paulo: Intercom, 2017, p. 15-41.

MAGALHÃES, Henrique Paiva de; SOUSA; Igor Ramady Lira de. Interseções entre cultura midiática, cibercultura e gamecultura: o Ragnarök como processo sociocomunicacional e mediador da conscientização ambiental. **Revista Culturas Midiáticas**, João Pessoa, ano 1, n. 1, p. 1-12, jul./dez. 2008.

MEDEIROS, Herika Bastos de; MIRANDA, Antonio Carlos de. Jogos computacionais: uma proposta interdisciplinar de educação ambiental. **Revista Novas Tecnologias na Educação**, v. 9, n. 2, p. 1-10, dez. 2011.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 8. ed. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

ROCHA, Thiago dos Santos. Jogos eletrônicos, direito do consumidor e princípio da fraternidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5111, 29 jun. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58704. Acesso em: 14 ago. 2019.

SQUIRE, Kurt. From content to context; videogames as designed experience. **Revista Educational Researcher**, v. 35, n. 8, p. 19-29, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM 2O GRAU: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**LUÍS FELIPE REIS DE CASTRO:** Advogado.

**Resumo:** O desígnio deste trabalho é demonstrar se é ou não possível a execução da pena logo após a condenação em 2a instância, ainda que recursos extraordinários tenham sido interpostos, realizando-se uma análise à luz da Constituição Federal e do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Presunção de Inocência. Execução Provisória da Pena. Condenação em 2o grau. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal.

## 1. INTRODUÇÃO:

Questão moderna e extremamente polêmica é acerca da execução provisória da pena após a condenação pelo Tribunal de 2º grau.

Desde 2016, o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo pela possibilidade da execução provisória da pena. Contudo, no final do ano de 2019, o órgão, por 6x5, revisou seu entendimento e passou a permitir a execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sobre o tema, tem-se relevante destacar os argumentos de ambas as correntes.

## 2. DESENVOLVIMENTO:

A primeira corrente, que defende a execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a que atualmente prevalece no STF, assim se posiciona com base na literalidade do art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal, que consagrou o princípio da presunção de inocência.

Para esta corrente, o texto constitucional é extremamente claro em vedar o cumprimento provisório da pena, não admitindo interpretação em sentido diverso. Assim, o direito fundamental à presunção de inocência não poderia ser relativizado com base em um esforço hermenêutico que atente contra a literalidade da Constituição e a máxima proteção dos direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, a segunda corrente se posiciona de forma contrária, elencando diversos argumentos pelos quais a Constituição da República permite sim a execução provisória da pena.

A presunção de inocência não é um direito absoluto e, portanto, pode ser ponderado com outros princípios, entre os quais o da justiça. Assim, à medida que um processo penal caminha, a presunção de inocência vai se enfraquecendo. Após a condenação em 2o grau, passa a prevalecer o princípio da justiça, de modo a ser possível a execução provisória da pena.

Ademais, não se admite reexame fático e probatório por ocasião dos recursos perante os Tribunais Superiores. Assim, não há razão para condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado, visto que os fatos já foram devidamente comprovados no sentido da condenação.

Além disso, é comum que os réus se utilizem dos recursos extraordinários apenas para postergar o processo e alcançar a prescrição. Isso deve ser combatido com a possibilidade de execução da pena logo após o acórdão de 2o grau.

De mais a mais, em todos os grandes países do mundo, já se permite a execução provisória da pena.

**3. CONCLUSÃO**:

Conclui-se que o tema é bastante controvertido e ainda vai gerar muita discussão no âmbito doutrinário e dos Tribunais Superiores.

Contudo, a melhor posição é aquela que admite a execução provisória da pena, como forma de evitar que os processos penais jamais acabem ou que acabem com a extinção da punibilidade em razão da prescrição, o que vai de encontro ao interesse de justiça de toda a sociedade.

**REFERÊNCIAS**:

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral. 3ª ed.** Rio do Janeiro: Impetus, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal, vol. 1**. 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. **3ª ed**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. **3ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª ed**. Coimbra: Almedina, 2002.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal**. 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CONSTRITIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA DECISÃO PROFERIDA PELO STJ NO HC 453.870-PR

**MURILO SANTOS RAMOS:** Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes.

**RESUMO**: As medidas constritivas atípicas, que podem ser extraídas do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, visam a dar maior efetividade ao processo. Contudo, elas possuem caráter excepcional, somente podendo ser decretadas após preenchidos determinados requisitos. Este trabalho procura sustentar que não há óbices à aplicação das medidas constritivas atípicas à execução fiscal, a despeito de decisão do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, fundamentada, entre outros fatores, na suposta existência de inúmeros privilégios processuais à Fazenda Pública. Compreende-se que esse entendimento não merece prosperar, pois: *i)* os indigitados privilégios constituem, em verdade, prerrogativas necessárias à observância do princípio da isonomia em sua vertente material; *ii)* tais prerrogativas encontram-se, atualmente, mitigadas; *iii)* o fim maior buscado na execução fiscal é o interesse público.

***ABSTRACT****: The atypical constrictive measures, which can be extracted from art. 139, item IV, of the Brazilian Code of Civil Procedure, aim to make the process more effective. However, they are exceptional and can only be enacted after certain requirements have been met. This paper seeks to argue that there are no obstacles to the application of atypical constraints to tax enforcement, despite a decision of the Superior Tribunal de Justiça to the contrary, based, among other factors, on the alleged existence of numerous procedural privileges to the Public Treasury. It is understood that this understanding does not deserve to prosper, since: i) the designated privileges are, in fact, prerogatives necessary for the observance of the principle of isonomy in its material aspect; ii) such prerogatives are currently mitigated; iii) the major end pursued in tax enforcement is the public interest.*

**SUMÁRIO**: Introdução. Capítulo 1: Das medidas constritivas atípicas. 1.1 Origem e considerações a respeito das medidas constritivas atípicas. 1.2 Da excepcionalidade das medidas atípicas e dos requisitos de cabimento. Capítulo 2: Da aplicação das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

medidas cautelares atípicas na execução fiscal. 2.1 Resumo da decisão proferida pelo STJ no HC 453.870-PR. 2.2 Análise crítica da decisão proferida pelo STJ no HC 453.870-PR. Conclusão. Referências bibliográficas.

**INTRODUÇÃO**

No Código de Processo Civil de 1973, o juiz poderia, na ação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, conceder a tutela específica ou adotar as providências que assegurassem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Visando a dar mais efetividade ao processo e à execução, o Código de Processo Civil atual inovou ao prever expressamente o cabimento de meios constritivos atípicos, estabelecendo como um dos poderes do juiz o de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, inciso IV).

Evidentemente, tais medidas executivas atípicas não podem ser determinadas de forma indiscriminada, devendo respeitar alguns requisitos recomendados pela doutrina. Com efeito, a decretação de medidas constritivas não nominadas pressupõe a devida fundamentação judicial, o respeito à legalidade, à imparcialidade e à proporcionalidade, o esgotamento das medidas típicas e a observância do contraditório.

O Capítulo 1 deste trabalho discorrerá acerca da origem das medidas constritivas atípicas e do alcance a elas conferido pelo Código de Processo Civil de 2015. Tratará, também, da sua excepcionalidade e dos requisitos de seu cabimento.

O Capítulo 2 ingressa no exame da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferida no Habeas Corpus 453.870-PR, que versa sobre a aplicação das medidas constritivas atípicas pessoais ao procedimento de execução fiscal. Na ocasião, a Primeira Turma do STJ decidiu que as medidas cautelares atípicas pessoais, especificamente a retenção da carteira nacional de habilitação e de passaporte e a inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes para forçá-lo a cumprir a sua obrigação, não podem ser aplicadas à execução fiscal, pois a Fazenda Pública já gozaria de superprivilégios – legislação e vara próprias, corpo de procuradores qualificados, necessidade de prévia garantia do juízo para recebimento dos embargos, preferência do crédito tributário em procedimento falimentar etc.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, buscar-se-á demonstrar que os supostos privilégios citados pela Primeira Turma são, em verdade, prerrogativas necessárias para a Fazenda Pública alcançar o interesse público. Ademais, algumas características da execução fiscal mencionadas na decisão, a exemplo da exigência da prévia garantia do juízo, encontram-se mitigadas na atualidade.

## CAPÍTULO 1 – DAS MEDIDAS CONSTRITIVAS ATÍPICAS

### 1.1 Origem e considerações a respeito das medidas constritivas atípicas

As medidas constritivas atípicas podem ser conceituadas como o conjunto de possibilidades coercitivas, indutivas e mandamentais, não listadas expressamente na legislação, colocadas à disposição das partes e, especialmente, do juiz para garantir o cumprimento de obrigações.

O embrião dessas medidas já constava do Código de Processo Civil de 1973, pois o extinto diploma estabelecia que o juiz poderia determinar providências que assegurassem o resultado prático equivalente ao do adimplemento no âmbito das ações cujo objeto fosse o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, conforme se extraía do art. 461, *caput* e § 5°[1].

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC), no entanto, inova sobremaneira ao ampliar as incumbências do juiz, estatuindo como um dos seus poderes a cláusula geral processual executiva prevista no art. 139, inciso IV:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> (...)
>
> IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

DIDIER JR, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, ao tratarem sobre as cláusulas gerais processuais executivas, ressaltam a sua serventia para a realização da justiça, senão vejamos:

> A existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos. As

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto.[2]

O Código novo estendeu, assim, a aplicação das medidas atípicas para qualquer atividade executiva, seja ela fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva) ou extrajudicial, bem como para efetivar prestação pecuniária, prestação de fazer, não fazer ou dar coisa diversa de dinheiro, além de superar o entendimento de que as *astreintes* não seriam cabíveis nas execuções de obrigação de pagar quantia certa.

A respeito da aplicação ampla do art. 139, inciso IV, do CPC, e da incidência do princípio da atipicidade dos meios executivos às execuções, são elucidativas as ponderações de NEVES:

> Entendo que esse dispositivo claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação. E também que supera o entendimento de que as *astreintes* não sejam cabíveis nas execuções de obrigação de pagar quantia certa.
>
> Seriam assim admitidas medidas executivas que nunca foram aplicadas na vigência do CPC/1973 e que não estão previstas expressamente no novo diploma legal. Interessantes exemplos são dados pela melhor doutrina: suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (incluo as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito); vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de empréstimo ou de participação em licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário.[3]

Os enunciados 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) também esclarecem o objetivo e o alcance das medidas atípicas:

> Enunciado 48 da ENFAM. O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Enunciado 12 do FPPC. A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.

Se, por um lado, a utilização de medidas constritivas atípicas privilegia o direito do credor e busca dar efetividade às decisões judiciais, por outro, interfere nas esferas patrimonial e pessoal do devedor e no seu direito de não ser privado dos seus bens sem o devido processo legal e de que a execução observe o princípio da menor onerosidade. Em virtude da necessidade de se buscar tal equilíbrio, as medidas executivas atípicas devem ser sempre utilizadas em caráter subsidiário e respeitar alguns limites, como adiante se demonstrará.

**1.2 Da excepcionalidade das medidas atípicas e dos requisitos de cabimento**

A liberdade conferida ao juiz pelo CPC em seu art. 139, inciso IV, não pode ser ilimitada, porquanto as medidas constritivas geram considerável interferência na vida do executado. Não por outra razão, a doutrina esclarece que as medidas atípicas somente podem ser determinadas após esgotadas as medidas típicas, e desde que sejam observados os princípios da proporcionalidade, do contraditório, da imparcialidade, da eficiência, da menor onerosidade da execução e da fundamentação da decisão judicial.

Segundo DIDIER JR, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, a opção por se aplicar determinada medida constritiva atípica não é missão simples e deve observar determinados parâmetros. Em suas palavras:

> A escolha da medida atípica a ser utilizada em cada caso concreto não é tarefa fácil. Um conjunto de postulados e princípios rege a atuação do órgão julgador, estabelecendo balizas para a eleição da medida executiva correta.
>
> De modo geral, a escolha deve pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º do CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução.[4]

**a) Do esgotamento das medidas típicas**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em relação ao prévio esgotamento das medidas típicas, mister asseverar que o CPC prevê instrumentos próprios para o exequente satisfazer o seu crédito, a exemplo da penhora e do arresto. Sendo viável a utilização desses mecanismos, não há razão para o juiz determinar desde logo as medidas fundadas no art. 139, inciso IV.

Desde o Código anterior, o juiz já poderia aplicar medidas típicas na ação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a saber: imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva. O CPC atual manteve a previsão de tais medidas em seu art. 536, § 1º[5].

Assim, os meios típicos de cumprimento de uma ordem judicial devem inicialmente ser testados a fim de legitimar, no caso de insucesso, a utilização das medidas atípicas.

**b) Da observância a determinados princípios**

As medidas executivas atípicas pressupõem a observância do princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, se divide em três elementos (ou subprincípios): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo subprincípio da adequação, exige-se um exame acerca da funcionalidade dos mecanismos empregados, ou seja, deve-se investigar se as medidas interventivas são idôneas a atingir a finalidade almejada. Mas, evidentemente, não basta a adequação dos meios ao fim: deve-se buscar a alternativa menos lesiva, em observância ao elemento necessidade. Já pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, há de predominar o valor de maior relevância, evitando-se a imposição de restrições desmedidas em cotejo com o objetivo visado.

Dessa forma, antes de autorizar a aplicação de determinado meio executivo inominado, o juiz deve observar a proporcionalidade, não podendo, por exemplo, determinar a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) de executado que necessita de tal documento para o exercício profissional.

Outro princípio a ser observado para a aplicação das medidas atípicas consiste na eficiência (art. 37 da Constituição Federal e art. 8º do CPC). O órgão jurisdicional deve, assim, escolher meios que tenham o potencial de gerar algum resultado significativo, obtendo-se o máximo de proveito possível com o mínimo de recursos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Podemos exemplificar a aplicação desse princípio com a hipótese em que o devedor não cumpre sua obrigação porque não tem, efetivamente, meios de fazê-lo. Nesse caso, será ineficiente e desnecessária a aplicação de medidas atípicas.

Confira-se o ensinamento de NEVES:

> Por outro lado, não será cabível a adoção de tais medidas se elas não tiverem concreta capacidade de cumprir sua função, qual seja, a de pressionar psicologicamente o executado a cumprir sua obrigação. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, não cabe aplicação de astreintes para pressionar psicologicamente o executado a cumprir obrigação de impossível cumprimento porque nesse caso estar-se-á diante de sanção e não de medida executiva. O mesmo raciocínio deve ser utilizado para a aplicação das medidas executivas atípicas, de forma a ter seu cabimento condicionado à possibilidade de a obrigação de pagar quantia ser cumprida. Em outras palavras, é medida para ser aplicada no devedor que não paga porque não quer e que por ter blindado seu patrimônio torna ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação). Não é, portanto, medida a ser aplicável ao devedor que não paga porque não tem meios para tanto.[6]

O juiz também não deve se descurar do princípio da menor onerosidade da execução, de modo que, "havendo duas opções igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido (satisfação do crédito), deverá o órgão julgador valer-se daquela que menos onere a situação do executado"[7].

Já em relação ao princípio do contraditório, deve-se facultar ao executado a chance de manifestação sobre as medidas atípicas, ainda que de modo postergado em casos excepcionais e urgentes. Assim:

> Considerando que a escolha da medida executiva atípica pressupõe a análise de enunciados normativos de conteúdo semântico aberto, bem como a consideração de distintos pontos de vista, é essencial a observância do contraditório (arts. 7º e 9º, CPC), ainda que diferido para momento posterior – a defesa na fase de cumprimento, o recurso cabível ou mesmo eventual pedido de reconsideração.[8]

No mesmo sentido:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Entendo que em respeito ao princípio do contraditório o juiz deve intimar o executado antes de decidir o requerimento do exequente para a adoção das medidas executivas atípicas. Somente em situações excepcionais, de extrema urgência, será admissível a adoção do contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, I do Novo CPC. A decisão do juiz deve ser devidamente fundamentada, nos termos do art. 489, § 1°, do Novo CPC, sendo recorrível por agravo de instrumento (art. 1015, parágrafo único, do Novo CPC).[9]

**c) Da necessidade de específica fundamentação da decisão judicial**

Sem dúvida, um dos requisitos mais importantes para a autorização das medidas constritivas atípicas consiste na fundamentação específica da decisão judicial. Com efeito, sabe-se que toda decisão judicial deve ser devidamente motivada, por força do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal[10] e, nos termos do art. 489, § 1°, incisos I e II, do CPC[11], a fundamentação não pode se limitar à mera indicação ou reprodução de ato normativo ou ao emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Com maior razão, quando o édito determina a aplicação de medida constritiva atípica para forçar o cumprimento de determinada prestação, deve-se exigir o esclarecimento das razões de decidir do magistrado, em especial os fundamentos de ele ter optado por determinada medida em detrimento de outra.

A propósito da importância da fundamentação da decisão decretadora de medidas atípicas, confira-se lição de STRECK e NUNES:

> Em face do novo CPC, parece-nos evidente que esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida, especialmente pela determinação do artigo 489, §1º, II, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, mitigando a possibilidade de arbitrariedades.[12]

## CAPÍTULO 2 – DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS NA EXECUÇÃO FISCAL

Observados os requisitos contidos no tópico anterior, discute-se a aplicação das medidas constritivas atípicas às execuções fiscais, dadas as suas peculiaridades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em verdade, apesar das características específicas das execuções fiscais, que alguns enxergam como privilégios da Fazenda Pública, não há nenhum óbice à incidência das medidas atípicas no rito em questão, pois as prerrogativas do Poder Público são estritamente necessárias para o resguardo do interesse público. É o que se passa a demonstrar, examinando, para tanto, a decisão do STJ proferida no bojo do Habeas Corpus (HC) 453.870-PR.

**2.1 Resumo da decisão proferida pelo STJ no HC 453.870-PR**

A Primeira Turma do STJ foi instada a se manifestar sobre a possibilidade de apreensão de passaporte, suspensão de CNH e inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes em procedimento de execução fiscal.

Durante a execução, já havia sido decretada a penhora de 30% do salário percebido pelo executado. No segundo grau de jurisdição, foi deferido pedido do exequente para inscrever o réu em cadastro de inadimplentes, bem como suspender seu passaporte e sua CNH como forma de coagi-lo ao pagamento da dívida.

Não conformado, o executado impetrou Habeas Corpus perante o STJ, aduzindo a desproporcionalidade da apreensão do seu passaporte e da sua CNH, considerando que 30% do seu salário já estaria sendo retido. A ordem foi concedida, com base em dois principais fundamentos: o excesso das medidas constritivas e a existência de suficientes privilégios processuais concedidos à Fazenda Pública.

O acórdão, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, restou assim ementado:

> CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DIREITO DE LOCOMOÇÃO, CUJA PROTEÇÃO É DEMANDADA NO PRESENTE HABEAS CORPUS, COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. ACÓRDÃO DO TC/PR CONDENATÓRIO AO ORA PACIENTE À PENALIDADE DE REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO, SUBMETIDO À EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU/PR, NO VALOR DE R$ 24 MIL. MEDIDAS CONSTRICTIVAS DETERMINADAS PELA CORTE ARAUCARIANA PARA GARANTIR O DÉBITO, EM ORDEM A INSCREVER O NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE MAUS PAGADORES, APREENDER PASSAPORTE E SUSPENDER CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. CONTEXTO ECONÔMICO QUE PRESTIGIA USOS E COSTUMES DE MERCADO NAS EXECUÇÕES COMUNS, NORTEANDO A SATISFAÇÃO DE CRÉDITOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COM ALTO RISCO DE INADIMPLEMENTO. RECONHECIMENTO DE QUE NÃO SE APLICA ÀS EXECUÇÕES FISCAIS A LÓGICA DE MERCADO, SOBRETUDO PORQUE O PODER PÚBLICO JÁ É DOTADO, PELA LEI 6.830/1980, DE ALTÍSSIMOS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS, QUE NÃO JUSTIFICAM O EMPREGO DE ADICIONAIS MEDIDAS AFLITIVAS FRENTE À PESSOA DO EXECUTADO. ADEMAIS, CONSTATA-SE A DESPROPORÇÃO DO ATO APONTADO COMO COATOR, POIS O EXECUTIVO FISCAL JÁ CONTA COM A PENHORA DE 30% DOS VENCIMENTOS DO RÉU. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE MODO A DETERMINAR, COMO FORMA DE PRESERVAR O DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR DO PACIENTE, A EXCLUSÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS CONSTANTES DO ARESTO DO TJ/PR, APONTADO COMO COATOR, QUAIS SEJAM, (I) A SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, (II) A APREENSÃO DO PASSAPORTE, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR DEFERIDA.

1. O presente Habeas Corpus tem, como moto primitivo, Execução Fiscal adveniente de acórdão do Tribunal de Contas do Estado do Paraná que responsabilizou o Município de Foz do Iguaçu/PR a arcar com débitos trabalhistas decorrentes de terceirização ilícita de mão de obra. Como forma de regresso, o Município emitiu Certidão de Dívida Ativa, com a consequente inicialização de Execução Fiscal. À época da distribuição da Execução (dezembro/2013), o valor do débito era de R$ 24.645,53.

2. Para além das diligências deferidas tendentes à garantia do juízo, tais como as consultas Bacenjud, Renajud, pesquisa on-line de bens imóveis, disponibilização de Declaração de Imposto de Renda, o Magistrado determinou a penhora de 30% do salário auferido pelo Paciente na Companhia de Saneamento do Paraná-SANEPAR, com retenção imediata em folha de pagamento.

3. O Magistrado de Primeiro Grau indeferiu, porém, o pedido de expedição de ofício aos órgãos de proteção ao crédito e suspensão de passaporte e de Carteira Nacional de Habilitação. Mas a Corte Araucariana deu provimento a recurso de Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda de Foz do Iguaçu/PR, para deferir as medidas atípicas requeridas pela Municipalidade exequente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consistentes em suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte.

4. A discussão lançada na espécie cinge-se à aplicação, no Executivo Fiscal, de medidas atípicas que obriguem o réu a efetuar o pagamento de dívida, tendo-se, como referência analítica, direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente o de direito de ir e vir.

**5. Inicialmente, não se duvida que incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. É a dicção do art. 139, IV do Código Fux.**

6. No afã de cumprir essa diretriz, são pródigas as notícias que dão conta da determinação praticada por Magistrados do País que optaram, no curso de processos de execução, por limitar o uso de passaporte, suspender a Carteira de Habilitação para dirigir e inscrever o nome do devedor no cadastro de inadimplentes. Tudo isso é feito para estimular o executado a efetuar o pagamento, por intermédio do constrangimento de certos direitos do devedor.

7. Não há dúvida de que, em muitos casos, as providências são assim tomadas não apenas para garantir a satisfação do direito creditício do exequente, mas também para salvaguardar o prestígio do Poder Judiciário enquanto autoridade estatal; afinal, decisão não cumprida é um ato atentatório à dignidade da Justiça.

(...)

10. Noutras palavras, em virtude da falta de garantias de adimplemento, por ocasião da obtenção do crédito, são contrapostas as formas aflitivas pessoais de satisfação do débito em âmbito endoprocessual. Essa modalidade de condução da lide, que ressalta a efetividade, é válida mundivisão acerca do que é o processo judicial e o seu objetivo, embora ela [a visão de mundo] não seja única, não se podendo dizer paradigmática.

11. Porém, essa almejada efetividade da pretensão executiva não está alheia ao controle de legalidade, especialmente por esta Corte Superior, consoante se verifica dos seguintes arestos: o habeas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

corpus é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais. O acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise (RHC 97.876/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 9.8.2018; AgInt no AREsp. 1.233.016/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 17.4.2018).

**12. Tratando-se de Execução Fiscal, o raciocínio toma outros rumos quando medidas aflitivas pessoais atípicas são colocadas em vigência nesse procedimento de satisfação de créditos fiscais. Inegavelmente, o Executivo Fiscal é destinado a saldar créditos que são titularizados pela coletividade, mas que contam com a representação da autoridade do Estado, a quem incumbe a promoção das ações conducentes à obtenção do crédito.**

**13. Para tanto, o Poder Público se reveste da Execução Fiscal, de modo que já se tornou lugar comum afirmar que o Estado é superprivilegiado em sua condição de credor. Dispõe de varas comumente especializadas para condução de seus feitos, um corpo de Procuradores altamente devotado a essas causas, e possui lei própria regedora do procedimento (Lei 6.830/1980), com privilégios processuais irredarguíveis. Para se ter uma ideia do que o Poder Público já possui privilégios ex ante, a execução só é embargável mediante a plena garantia do juízo (art. 16, § 1° da LEF), o que não encontra correspondente na execução que se pode dizer comum. Como se percebe, o crédito fiscal é altamente blindado dos riscos de inadimplemento, por sua própria conformação jusprocedimental.**

**14. Não se esqueça, ademais, que, muito embora cuide o presente caso de direito regressivo exercido pela Municipalidade em Execução Fiscal (caráter não tributário da dívida), sempre é útil registrar que o crédito tributário é privilegiado (art. 184 do Código Tributário Nacional),**

**podendo, se o caso, atingir até mesmo bens gravados como impenhoráveis, por serem considerados bem de família (art. 3°, IV da Lei 8.009/1990). Além disso, o crédito tributário tem altíssima preferência para satisfação em procedimento falimentar (art. 83, III da Lei de Falências e Recuperações Judiciais - 11.101/2005). Bens do devedor podem ser declarados indisponíveis para assegurar o adimplemento da dívida (art. 185-A do Código Tributário Nacional). São providências que não encontram paralelo nas execuções comuns.**

**15. Nesse raciocínio, é de imediata conclusão que medidas atípicas aflitivas pessoais, tais como a suspensão de passaporte e da licença para dirigir, não se firmam placidamente no Executivo Fiscal. A aplicação delas, nesse contexto, resulta em excessos.**

16. Excessos por parte da investida fiscal já foram objeto de severo controle pelo Poder Judiciário, tendo a Corte Suprema registrado em Súmula que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula 323/STF).

(...)

**20. Submeteu-se o réu à notória restrição constitucional do direito de ir e vir num contexto de Execução Fiscal já razoavelmente assegurada, pelo que se dessume da espécie.**

21. Assinale-se como de altíssima nomeada para o caso o art. 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer, nos seus itens 1 e 2, que toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir conformidade com as disposições legais, bem como toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

22. Frequentemente, tem-se visto a rejeição à ordem de Habeas Corpus sob o argumento de que a limitação de CNH não obstaria o direito de locomoção, por existir outros meios de transporte de que o indivíduo pode se valer. É em virtude dessa linha de pensamento que a referência ao Pacto de São José da Costa Rica se mostra crucial, na medida em que a existência de diversos meios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de deslocamento não retira o fato de que deve ser amplamente garantido ao cidadão exercer o direito de circulação pela forma que melhor lhe aprouver, pois assim se efetiva o núcleo essencial das liberdades individuais, tal como é o direito e ir e vir.

23. Cumpre registrar que a opinião do douto parecer do Ministério Público Federal é por conceder-se o remédio constitucional, sob a premissa de que, apresentada a questão com tais contornos, estritamente atrelada ao arcabouço probatório encartado nos autos, não há outra possibilidade senão reconhecer que, não sendo a medida restritiva adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação da legítima Execução Fiscal promovida originariamente, a sua efetivação tornou-se contrária à ordem jurídica, porquanto adentrou demasiadamente na esfera pessoal, e não patrimonial, do executado/impetrante, configurando, certamente, ato punitivo, não constritivo, atentando, portanto, contra a sua liberdade de ir e vir (fls. 262/264). O Paciente está a merecer, em confirmação da medida liminar, a tutela da liberdade de ir a vir pelo remédio de Habeas Corpus.

24. Parecer do MPF pela concessão da medida. Habeas Corpus concedido em favor do Paciente, confirmando-se a medida liminar anteriormente concedida, apta a determinar sejam excluídas as medidas atípicas constantes do aresto do TJ/PR apontado como coator (suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte).

(HC 453.870/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 15/08/2019. Grifou-se).

Em relação ao segundo fundamento mencionado, a Primeira Turma explicitou como privilégios processuais da Fazenda Pública a existência de legislação própria (Lei 6.830/1980) e de vara exclusiva para a tramitação das execuções fiscais, o corpo de procuradores qualificados e a exigência de prévia garantia do juízo para o conhecimento da defesa do executado.

Afirmou-se, também, que o crédito tributário seria privilegiado (art. 184 do Código Tributário Nacional – CTN[13]), podendo até atingir bens gravados de impenhorabilidade, além de possuir preferência em procedimento falimentar (art. 83 da Lei 11.101/2005[14]). Destacou-se, ainda, que os bens do devedor podem ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

declarados indisponíveis para assegurar o adimplemento da dívida (art. 185-A do CTN[15]).

Segundo o STJ, diante desse cenário, a Fazenda Pública já possuiria mecanismos suficientes para perseguir o seu crédito, de modo que não se justificaria a aplicação de outras medidas constritivas pessoais não previstas expressamente em lei.

Contudo, como se pretende demonstrar no tópico seguinte, a Fazenda Pública possui, em verdade, prerrogativas estritamente necessárias para assegurar o interesse público. Além disso, algumas características da execução fiscal mencionadas no acórdão do STJ não mais configuram verdade absoluta, a exemplo da exigência de prévia garantia do juízo para o conhecimento dos embargos.

**2.2 Análise crítica da decisão proferida pelo STJ no HC 453.870-PR**

Desde logo, esclarece-se que a análise crítica da decisão do STJ não se refere à conclusão do julgado em si, mas, antes, à razão de decidir consistente na alegação de existência de privilégios processuais exacerbados da Fazenda Pública.

Em verdade, o próprio termo "privilégio" é inadequado, pois o Poder Público possui prerrogativas justificáveis em face da posição que ocupa na defesa dos interesses da coletividade. Assim, valendo-se do princípio da isonomia sob a ótica material, não é razoável sustentar que o tratamento processual conferido ao Poder Público deva ser idêntico ao conferido aos particulares, dada a ausência de igualdade entre um e outros.

A propósito da diferença de terminologia, confira-se o ensinamento de CUNHA:

> Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situação de desvantagens. As "vantagens" processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, pois contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar iguais de forma igual e desiguais de forma desigual.[16]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**a) Da inexistência de superprivilégios**

As peculiaridades do procedimento de execução fiscal mencionadas no acórdão *sub examine* possuem razão de ser.

Com efeito, a tramitação de execuções fiscais em varas exclusivas atende ao interesse do próprio Poder Judiciário, pois, em virtude do grande volume de feitos dessa natureza, a sua junção, em uma mesma vara, com outras demandas poderia prejudicar a celeridade, violando, assim, o comando constitucional da razoável duração do processo. Já a existência de lei própria, cuja vantagem é reconhecida de forma praticamente unânime há bastante tempo, justifica-se no fato de o ente público tutelar, inequivocamente, o interesse da coletividade.

Em relação ao corpo de procuradores, embora se deva reconhecer sua alta qualificação, mister asseverar que o número elevado de execuções fiscais atualmente existentes constitui grande desafio para os advogados públicos. O número reduzido de membros e a deficiência da carreira de apoio não são condizentes com o volume e a complexidade das demandas.

Já a exigência da prévia garantia do juízo como condição para o recebimento dos embargos não é mais regra em toda e qualquer execução fiscal. Os tribunais têm flexibilizado o requisito da garantia do juízo nos casos de curadoria especial, pois se entende que a exigência do requisito inviabilizaria o exercício do contraditório e da ampla defesa. A propósito, confira-se o entendimento exarado pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. REVELIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA. GARANTIA DO JUÍZO, NOS TERMOS DO REVOGADO ART. 737, INCISO I, DO CPC. INEXIBILIDADE.
>
> (...)
>
> 3. É dispensado o curador especial de oferecer garantia ao Juízo para opor embargos à execução. Com efeito, seria um contra-senso admitir a legitimidade do curador especial para a oposição de embargos, mas exigir que, por iniciativa própria, garantisse o juízo em nome do réu revel, mormente em se tratando de defensoria pública, na medida em que consubstanciaria desproporcional embaraço ao exercício do que se constitui um munus publico, com

> nítido propósito de se garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa.
>
> 4. Recurso especial provido. Observância do disposto no art. 543-C, § 7.º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5.º, inciso II, e 6.º, da Resolução 08/2008.
>
> (REsp 1110548/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/02/2010, DJe 26/04/2010)

Também é possível a dispensa da garantia do juízo nos casos em que a parte executada é inequivocamente hipossuficiente e não possui patrimônio para garantia do crédito exequendo, conforme decidiu o mesmo STJ no julgamento do REsp 1487772-SE[17].

Dessa forma, ao contrário do que entendeu a Primeira Turma do STJ, as prerrogativas da Fazenda Pública, algumas atualmente flexibilizadas, nem sempre são suficientes para assegurar a efetividade na busca do crédito público, sendo demasiada a assertiva, contida no julgado, de que "o crédito fiscal é altamente blindado dos riscos de inadimplemento, por sua própria conformação jusprocedimental". Se assim fosse, não seria tão comum a extinção de execuções fiscais pela prescrição intercorrente, diante da não localização de bens penhoráveis do devedor.

**b) Da prevalência do interesse público**

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública são necessárias para que ela possa melhor proteger os interesses da coletividade e, consequentemente, o bem comum. Uma vez constatada a presença do interesse público, ele deve prevalecer sobre o particular.

Ao estudar a relação entre a Fazenda Pública e o interesse público, CUNHA tece as seguintes ponderações:

> A Fazenda Pública revela-se como fautriz do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.[18]

Assim, considerando que a execução fiscal é destinada a saldar débitos titularizados pela própria coletividade e que a Fazenda Pública deve preservar o interesse de todos e administrar corretamente a coisa pública, a vedação absoluta à aplicação de medidas executivas atípicas no executório fiscal não deve prevalecer.

Em nossa visão, portanto, não há excesso na incidência de medidas aflitivas pessoais atípicas em favor dos entes públicos, desde que observado seu caráter excepcional e, respeitados os princípios processuais, decorra de decisão judicial devidamente fundamentada.

## CONCLUSÃO

O art. 139, inciso IV, do CPC inovou ao prever como incumbência do juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

O aludido dispositivo consagrou as medidas executivas atípicas, sendo que, baseado nele, diversos magistrados estão determinando a apreensão de CNH e passaporte ou a inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito como forma de compeli-lo a cumprir a sua obrigação.

A cláusula geral executiva insere-se no contexto de ampliar a efetividade do processo e da execução, mas, evidentemente, não é ilimitada. Conforme se procurou demonstrar neste trabalho, a incidência das medidas atípicas pressupõe o cumprimento de alguns requisitos, a saber, o esgotamento dos meios típicos, a devida fundamentação judicial e a observância a princípios.

Por outro lado, investigou-se acerca da possibilidade de aplicação das medidas atípicas à execução fiscal. Nesse contexto, o trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, analisou a decisão proferida pelo STJ no HC 453.870-PR, esclarecendo as suas principais razões de decidir para, em seguida, tecer algumas considerações a seu respeito.

Compreende-se que os privilégios processuais da Fazenda Pública invocados pelo STJ encontram-se mitigados na atualidade e não podem representar óbice intransponível à incidência de medidas executivas atípicas, desde que, no caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

concreto, seja recomendável a sua aplicação e o juiz fundamente de modo adequado a sua decisão.

Ademais, considerando que a Fazenda Pública nunca se encontra em posição idêntica à do particular e que ela deve figurar sempre como guardiã do interesse de todos, restam devidamente justificadas a existência das suas prerrogativas processuais e, eventualmente, a decretação de medidas constritivas atípicas em sede de execução fiscal.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Poder Público em Juízo.* 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Execução.* Vol. 5. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 21ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* Volume único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. *Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio. Acesso em: 08/12/2019.

---

[1] "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial".

[2] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Execução.* Vol. 5. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.102.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* Volume único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 1075.

[4] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Execução.* Vol. 5. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.111.

[5] "Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput , o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

(...)".

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* Volume único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 1075 e 1076.

[7] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Execução.* Vol. 5. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 113.

[8] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Execução.* Vol. 5. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 117.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[9] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil.* Volume único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 1076.

[10] "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)".

[11] "Art. 489 (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (...)".

[12] STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. *Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio. Acesso em: 08/12/2019.

[13] "Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis".

[14] "Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; (...)".

[15] "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial".

[16] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33.

[17] Relatoria do Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, DJe 12/06/2019.

[18] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 32.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS DEMANDAS RELATIVAS À SAÚDE

**JOSÉ HENRIQUE VIEIRA ALBUQUERQUE:** Graduando do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA**.**

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA[1]

**RESUMO:** O presente estudo discute o papel e o comportamento do Poder Judiciário frente às demandas relativas à saúde em face da negativa do próprio Estado em custeá-la alegando a insuficiência de recursos financeiros. O presente estudo identificou que, em virtude do número crescente de processos relacionados aos direitos fundamentais prestacionais, sobretudo, o direito à saúde positivada e consagrada na Constituição da República de 1988 provocou um "boom" destes, levando essas controvérsias ao Poder Judiciário para decidir sobre essas questões que seriam solucionadas no âmbito político. Aborda, também, o excesso da judicialização, em decorrência desse aumento abrupto de demandas judiciais relacionadas à saúde, além da atuação proativa do Juiz para resolver tais litígios, provocando, assim, dois fenômenos muito debatidos na doutrina: A judicialização e o ativismo judicial. Asseguram questões políticas inerentes as decisões, bem como os aspectos gerais dessa suposta invasão do Poder Judiciário nas demais esferas de poder. Utilizando de meios de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva. Portanto, pode-se observar com esse artigo, a urgência que se deve resolver esse problema social e jurídico que convive o brasileiro nos dias atuais. Partindo da premissa de que os magistrados devem ser provocados e, por consequência, ser imparciais nas suas decisões ao analisar cada caso concreto, focando sempre em interpretar e aplicar a norma jurídica de forma justa, razoável e proporcional, aqueles não devem se eximir de tal responsabilidade dada à imposição legal e constitucional, visto que é a sua incumbência de prestar uma tutela jurisdicional célere e efetiva para os jurisdicionados que buscam o socorro judicial.

**Palavras-chave**: Poder Judiciário; Direito à saúde; Judicialização; Separação de Poderes.

**ABSTRACT:** This study discusses the role and behavior of the judiciary in relation to health-related demands in the face of the State's own refusal to fund it, alleging insufficient financial resources. The present study identified that, due to the increasing number of processes related to the fundamental rights, especially, the right to health affirmed and enshrined in the Constitution of the Republic of 1988

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

provoked a "boom" of these, leading these controversies to the Judiciary to decide on these issues that would be resolved at the political level. It also addresses the excess of judicialization due to this abrupt increase in health-related judicial demands, in addition to the Judge's proactive action to resolve such disputes, thus provoking two phenomena that are much debated in the doctrine: Judicialization and judicial activism. They assure political questions inherent in the decisions, as well as the general aspects of this supposed invasion of the Judiciary Power in the other spheres of power. Using means of bibliographic research with deductive approach. Therefore, it can be observed with this article, the urgency that must be solved this social and legal problem that lives the brazilian today. Assuming that magistrates should be provoked and therefore impartial in their decisions when analyzing each specific case, always focusing on interpreting and applying the legal standard fairly, reasonable and proportionate, they should not be relieved of such liability given the legal and constitutional imposition, as it is their duty to provide swift and effective judicial protection to the courts seeking judicial relief.

**Keywords**: Judiciary; Right to health; Judicialization; Separation of Powers.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Separação de poderes no direito brasileiro. 2.1 Funções dos poderes estatais. 2.2 Usurpação e/ou invasão de atribuições e competências do Poder Judiciário. 3 Momento de atuação do Poder Judiciário brasileiro. 3.1 Judicialização da política e ativismo judicial. 3.2 O mínimo existencial/reserva do possível e a ponderação de valores. 4 Críticas relativas à hipertrofia do Poder Judiciário. 4.1 Aspectos negativos. 4.2 Aspectos positivos. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema delimitado da presente pesquisa é analisar, explanar e discutir o papel do Poder Judiciário acerca das ações judiciais que versam sobre a efetivação plena do direito fundamental à saúde e as suas relações com a interferência deste no que concerne à imposição aos Poderes Políticos de que se cumpra com o que está previsto na Constituição Federal, em razão da omissão e escassez de recursos financeiros destes em custeá-lo.

A escolha do tema justifica-se em razão da importância que a questão da judicialização do direito à saúde[2] vem sendo discutida no Brasil nos últimos anos, sobretudo, pela busca de tratamentos médicos e disponibilização de medicamentos, tudo isso ocasionado pela omissão do Poder Executivo e Legislativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Salientamos que o problema da presente pesquisa é descobrir como tem reagido e se comportado o Poder Judiciário acerca das demandas judiciais relativas à saúde e como as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial tem repercutido nas decisões proferidas pelos juízes, e se estas são levadas em consideração pelo Judiciário.

Para dar concretude e responder à problemática, especificamos como um dos principais objetivos do presente estudo, o exame do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal relativamente ao direito à saúde, bem como a verificação das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial e a sua aplicabilidade ao direito à saúde no Brasil em decorrência de casos de omissão do Poder Público no que diz respeito à efetividade desse direito ao jurisdicionado, visto que o Judiciário deve agir como garantidor desse direito e, por conseguinte, dar plenitude e eficiência, cumprindo, assim, o que antevê a nossa Constituição Federal de 1988.

No presente artigo utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa de natureza bibliográfica, através de livros, revistas, artigos e sites e outros meios relativos à temática. A pesquisa não tem o propósito de exaurir o assunto abordado, que merece reflexão e atenção crescente da comunidade acadêmica haja vista a atual conjuntura que se desenha. Diante disso, será demonstrada no primeiro capítulo a formação da separação dos poderes no direito brasileiro e as suas respectivas funções desempenhadas a fim de garantir o bom funcionamento da máquina estatal além de analisar a postura intervencionista do Poder Judiciário como executor e legislador nas demandas judiciais que tratam do direito à saúde. O segundo capítulo, versará sobre o cenário atual e contemporâneo do Poder Judiciário, analisando de que forma a judicialização e o ativismo judicial impactam diretamente nas demandas sociais, além de verificar como este se comporta na aplicabilidade de princípios e valores com o propósito de assegurar uma decisão razoável e proporcional. Por fim, o terceiro capítulo será demonstrado os aspectos negativos e positivos acerca dessa hipertrofia do Poder Judiciário, e como essa atuação alargada pode ocasionar efeitos tanto para a organização do Estado como para os indivíduos que buscam o socorro judicial para obter uma tutela jurisdicional eficaz.

## 2. SEPARAÇÃO DE PODERES NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1Funções dos poderes estatais

O conceito da separação dos poderes, também chamado como princípio de *trias politica*, é uma forma de governar e criar diretrizes para o bom

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

funcionamento do Estado. A essência desta teoria se firma no princípio de que os três poderes que formam o Estado, quais sejam, o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, devem atuar de forma apartada, independente e harmônica, mantendo, porém, as características inerentes do poder de "ser uno, indivisível e indelegável"[3].

Dessa forma, para que haja uma harmonia entre os Poderes da República, é imprescindível que cada um exerça as suas funções sem comprometer a esfera de atuação do outro, de modo que, permita o pleno funcionamento e desenvolvimento das atividades estatais de que tanto necessita uma democracia.

Saliente-se que, com relação à ordem jurídica pátria, o princípio da separação dos Poderes encontra previsão no art. 2º da Constituição da República de 1988, ao definir que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" [4]. Consagra-se, pois, a separação dos Poderes fundamentada na independência e harmonia entre os órgãos que compõem o Estado, o que resulta, com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na inexistência de qualquer relação de subordinação ou dependência no que concerne ao exercício pleno de suas funções e, concomitantemente, na criação de um meio de controle recíproco entre os mencionados Poderes da República, denominado de sistema de freios e contrapesos.

Assim, o principal objetivo dessa separação é justamente coibir que o poder se concentre nas mãos de uma única pessoa, isto é, para que não se tenha abuso no exercício do poder por parte dos Poderes supramencionados, como o ocorrido no Estado Absolutista, por exemplo, em que todo o poder concentrava-se nas mãos do rei.

Nesse sentido, quanto ao princípio constitucional em análise, Manoel Messias Peixinho aduz que:

> A divisão dos poderes foi consagrada como princípio formal fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 16) que se expressa na criação de instituições independentes e autônomas cujas funções diferenciadas objetiva o afastamento do despotismo do antigo regime e garantir a liberdade e os direitos fundamentais.[5]

Portanto, diante das inúmeras modificações no decorrer do tempo, até chegar à promulgação da nossa Constituição, culminou, de fato, na consolidação

dos três poderes republicanos atuais: Legislativo, Executivo e, por fim, Judiciário. Quanto ao primeiro, não resta dúvida acerca da sua respectiva atribuição, isto é, na elaboração das normas jurídicas a fim de controlar as condutas dos indivíduos e reger com equilíbrio a vida social. Quanto ao segundo Poder, cabe a ele a administração dos interesses públicos, sempre agindo em consonância com o texto constitucional e com as leis infraconstitucionais. E, por último, o Poder Judiciário, possuindo este, duas árduas missões, sendo a primeira realizar o controle de constitucionalidade das normas jurídicas vigentes, ou seja, analisar a compatibilidade destas com a Constituição Federal, e a segunda incumbência, é justamente solucionar os casos litigiosos através da interpretação e aplicação da lei em vigor.[6]

### 2.2 Usurpação e/ou invasão de atribuições e competências do Poder Judiciário

Para ficar mais claro e evidente, o Poder Judiciário faz parte, como dito anteriormente, da tríade de poderes que constituem a República, que foi agraciado pela Constituição Federal de 1988, juntamente com o Poder Legislativo e o Poder Executivo, cada um deles tendo sua independência, porém sempre agindo com harmonia no exercício de suas funções típicas e atípicas.

Diante disso, conforme se depreende do próprio Art. 2 ·, da Constituição da República, como explanado anteriormente, no Brasil essa independência ganhou forma pela razão de que cada Poder possa retirar a sua competência da própria Lei Fundamental. Assim, aparece uma sequência de prerrogativas criadas pelo legislador originário, dentre elas o fato de que no exercício de suas próprias atribuições, não há que se falar em sondar outro poder, ou ingerência de forma direta, todos são livres contanto que sejam analisadas as disposições constitucionais em vigor.

Desde a notável teoria da separação dos poderes[7], é observada que a função típica do Poder Judiciário é a interpretação, o zelo e o respeito às leis, ou seja, ocorre uma adstrição dos juízes pelas normas jurídicas vigentes. Portanto, observa-se que o Poder Judiciário deve trabalhar baseado na legislação, fundamentando a sua decisão de forma coerente, pois a sua função essencial é a resolução dos conflitos, visto que este poder é "construído pela Constituição com garantias para que julgue o justo independentemente de pressões".[8]

É obvio que devemos lembrar que a separação dos poderes, é o mecanismo de coibir a concentração absoluta de poder nas mãos de um único indivíduo, essa forma de concentração absoluta é comum dentro dos Estados absolutos. Por isso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

foi criado esse sistema de freios e contrapesos como forma de defesa, para evitar e estabelecer uma espécie de controle mútuo, que garante um equilíbrio maior entre os poderes.

Como se sabe, "a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da Constituição"[9], denota uma questão imprescindível a ser esclarecida, ou seja, que uma das funções mais relevantes desse poder é justamente defender e resguardar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Nenhuma lesão, ou ameaça pode ir de contra a esses direitos consagrados, sobretudo as "cláusulas pétreas"[10] previstas em nossa Lei Maior.

Nessa perspectiva, observa-se que o Poder Judiciário é inerte, necessitando, assim, ser provocado pela parte interessada com o intuito de buscar uma prestação jurisdicional de forma legal e legítima. Assim, a Constituição Federal elencou certos poderes ao Poder Judiciário para ter um controle maior sobre os demais poderes, isto é, trazer as outras funções para dentro do seu campo de atuação e legitimidade. Nesse sentido, por exemplo, caberia aos juízes o poder e o dever de anular atos administrativos ilegais, invalidar atos praticados com abuso de poder e declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, não ensejando, dessa forma, uma usurpação de competência visto que as suas atribuições possuem previsão tanto legal como constitucional.

Durante o exercício de suas funções, o magistrado, verificando que há uma omissão dos Poderes Políticos, este possui legitimidade política e jurídica para intervir na seara administrativa a fim de que se realize as políticas públicas desejáveis para resguardar o direito fundamental a saúde, uma vez que se o texto constitucional antevê valores, estipula direitos fundamentais a serem concretizados e o Estado age contrário aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente, é obrigação do Poder Judiciário atuar no combate aos abusos e prepotência em virtude dessa negligência estatal.

Nesse contexto, é preciso salientar que um sistema jurídico estável capaz de atender as demandas atuais, é aquele que prioriza os valores constitucionalmente consagrados, rechaçando a norma jurídica, abstrata e formal, com a finalidade de admitir mais flexibilidade na exegese e aplicação do direito a casuísta. Sustenta-se, ainda, que a aplicação da lei não se desenvolva através do juízo de subsunção, mas que haja ponderação diante das situações do caso concreto. Assim, todo o ordenamento jurídico deve ser irradiado a partir da valoração principiológica, que vinculam o legislador ordinário e ao juiz. Portanto, é necessário que o Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Judiciário deixe de lado o caráter positivista e o perfil dogmático ao analisar e aplicar o direito, sendo precípuo que este interprete e empregue os valores constitucionais como forma de garantia da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Destaca Eugênio Zaffaroni, quanto a essa função judicial, sustentando que:

> Certamente que o judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.[11]

Em síntese, mesmo que eventualmente surjam decisões de cunho político que possam acarretar na invasão de outro poder, percebemos que diante do controle judicial, todos os atos lesivos por ação ou omissão praticados pelo Poder Executivo ou Legislativo, ou até mesmo casos que poderiam ser resolvidos por estes, acabam sendo remetidos à apreciação do Poder Judiciário e, com isso, sujeitos a supervisão jurisdicional a fim de dar uma resposta para aquela controvérsia uma vez que é seu mister julgar as matérias que lhe são colocadas.

## 3.MOMENTO DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

### 3.1Judicialização da política e ativismo judicial

Muito se tem discutido tanto pela imprensa como pela sociedade civil organizada acerca da judicialização da política e do ativismo judicial. Embora as consequências sejam idênticas, as suas origens e gradações são bastante diferentes, uma vez que aquela retrata a ingerência no poder de decidir do Poder Judiciário capaz de atingir toda a conjuntura política e social nas democracias atuais. Por sua vez, esta é caracterizada pelo comportamento pessoal dos juízes, agindo de uma forma proativa para solucionar a lide que lhe é imposta com o propósito de garantir que os direitos fundamentais sociais sejam concretizados e efetivados.

Assim, a primeira consequência dessa intervenção ocasionada pela judicialização é o alargamento do poder judicial em questões que seriam exclusivas dos Poderes Executivo e Legislativo com alento na teoria dos "freios e contrapesos", desenvolvido por Montesquieu[12]. Destarte, em determinadas situações em que houve a judicialização, o Poder Judiciário tomou a sua decisão, por que era a sua incumbência, a sua missão, tendo em vista que este é vinculado e adstrito à norma jurídica elaborada pelo legislador ordinário e constituinte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Barroso, "o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes"[13]. Diante disso, depreende-se que com a promulgação da nossa Constituição trazendo em seu texto o princípio da inafastabilidade de jurisdição e diante do modelo constitucional adotado, as controvérsias que poderiam ser revolvidas e sanadas no âmbito político (Congresso Nacional e o Poder Executivo) acabam sendo levadas ao crivo do Poder Judiciário a fim de que este decida sobre demandas de repercussão política ou social, uma vez que, como exposto, esse fenômeno democrático tem como finalidade precípua a materialização dos direitos fundamentais através do desempenho proativo do Poder Judiciário sempre em consonância com os preceitos e princípios constitucionais.

Insta salientar que, a judicialização não retrata a transferência das competências dos respectivos Poderes Políticos ao Poder Judiciário e nem a invasão deste no que diz respeito ao conjunto de atribuições conferidas àqueles. Como dito anteriormente, ela é caracterizada como um sistema de aplicabilidade e concretude dos direitos fundamentais positivados em nossa Lei Maior mediante atuação participativa do Poder Judiciário sempre agindo com os ditames constitucionais.

Por outro lado, o ativismo judicial é uma postura, uma preferência, uma forma que o Poder Judiciário tem de interpretar e aplicar as normas jurídicas vigentes, além de expandir seus poderes e o seu alcance. Nesse sentido, "a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes."[14]

Podemos ter como exemplo de ativismo judicial, o seu envolvimento nas questões legislativas (classe política) e nas questões sociais, civis, sobretudo quando nessa relação às demandas sociais não venham a ser atendidas. Dessa forma, fica claro e evidente que o ativismo judicial é uma forma do Poder Judiciário atuar incisivamente nas questões relacionadas às demandas sociais não resolvidas no âmbito político em virtude da inércia e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.[15]

Nas palavras de Tassinari, ensina que "a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade".[16] Assim, podemos dizer que o ativismo judicial é sim um elemento imprescindível para garantir e efetivar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Todavia, qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atividade deve ser analisada e pensada pelos órgãos julgadores, e qualquer decisão judicial deve estar dentro dos limites legais e constitucionais estabelecidos para o exercício de seus poderes.[17]

Portanto, para não ir contra o próprio texto constitucional, tendo que ser compatível com o princípio da divisão dos poderes, o judiciário deve parar de tomar decisões precipitadas, e deve tomar suas decisões conforme as normas e leis, seguindo o princípio democrático.

Frente a isso, Luís Roberto Barroso faz as seguintes distinções:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.[18]

É inegável que ao longo da história o Poder Judiciário tem sido muito prestigiado perante a sociedade civil, mas também tem sido bastante criticado por determinadas decisões judiciais que culminam esse descrédito, sobretudo quando essas decisões detêm cunho político, que é um assunto muito delicado de se lidar no Brasil. E o assunto que mais gera polêmica é a de implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade.

Por esse ângulo, traz-se aqui a seguinte abordagem histórica acerca do ativismo judicial, explanada pelo Professor Luís Roberto Barroso:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. [19]

Em suma, podemos sintetizar que a principal diferença sugerida pelo autor afirmando que, no âmbito brasileiro, a judicialização é um fato e o ativismo judicial é uma postura.

**3.2O mínimo existencial/reserva do possível e a ponderação de valores**

O mínimo existencial deve ser analisado como a base e o alicerce da vida humana. É, de fato, um direito fundamental basilar e essencial, vinculado à Carta Política de 1988, e não necessita de alguma lei para dar concretude e obtenção, visto que é inerente a todo e qualquer ser humano.

De outro modo, diante da ascensão elevada dos direitos fundamentais prestacionais, começou a surgir à ausência de aporte financeiro do Estado para supri-los. É nesse entendimento que nasceu a reserva do possível, fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais. Ela originou-se em virtude da existência de recursos materiais limitados para concretizar os direitos fundamentais, sobretudo, os direitos sociais, e na razoabilidade da pretensão dedutiva para sua efetivação, compreendendo-se assim como uma limitação fática e jurídica oponível.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, assim explica:

> Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais.[20]

Dessa forma, a cláusula da reserva do possível vai se associar com a judicialização da saúde como uma tese de defesa usada pelo Estado, quando se defrontar com ações judiciais de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, por exemplo.

Destaca Sarlet que os direitos sociais prestacionais causam um grande impacto econômico de proporção econômica expressiva "vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais"[21]. Em razão disso, os direitos sociais passaram a ser notados como direitos limitados pela reserva do possível.

Quando se trata sobre a ponderação de direitos, o juiz ao se deparar com um confronto de interesses entre, de um lado, o direito à saúde e do outro, o da separação de poderes e da legalidade orçamentária, deve agir com parcimônia a fim de que não haja uma decisão que possa comprometer o contexto jurídico e social, pois ao final aquele irá priorizar uma opção e ignorar um deles.

No ensinamento de Barroso:

> Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.[22]

Imagine que um indivíduo portador de uma doença terminal, necessite realizar uma intervenção cirúrgica caríssima, porém necessário, onde esse procedimento será subsidiado pelo Estado, negado pelo juiz alegando que o direito individual não pode se sobrepor ao coletivo, além das condições precárias do Estado, embora todos tenham ciência que aquele tenha direito ao tratamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De fato, verificando essas circunstancias, o que deve haver é um ponto de equilíbrio entre a obrigação estatal e atividade jurisdicional no que diz respeito à garantia do mínimo existencial ao indivíduo, analisando as suas reais necessidades.

## 4. CRÍTICAS RELATIVAS À HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO

### 4.1Aspectos negativos

Percebe-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi inserida uma gama de direitos fundamentais sociais que, para serem concretizados, o Estado necessita de disponibilidade de recursos financeiros para financiá-los. Diante disso, para realizar todos esses direitos é uma tarefa árdua, e por isso o Estado prioriza certas áreas para realizar investimentos, e isso gera uma judicialização crescente por parte daqueles que se sentiram lesados em decorrência dessa discricionariedade e omissão estatal.

Frente a isso, um dos aspectos negativos acerca dessa hipertrofia do Poder Judiciário é que, a partir de uma decisão judicial tomada que autorize o Estado a arcar com determinado tratamento médico ou disponibilizar medicamentos de alto custo para o indivíduo, pode comprometer todo o orçamento já delimitado daquele Ente e, por conseguinte, este deixará de investir em outras áreas sociais.

O impacto social por afetar toda a coletividade em decorrência das sentenças judiciais que obrigam o Estado a efetivar o direito a saúde, também impacta os princípios das políticas públicas por ser um conjunto de ações voltadas a todos os cidadãos.

É óbvio que o magistrado deverá ter em mente que as suas decisões devem ponderar a razoabilidade da pretensão individual com a situação orçamentária do Estado. Todavia, a simples tese de dificuldade financeira não é suficiente para evitar o cumprimento da ordem jurídica, assim, faz-se imperioso demonstrar a inviabilidade do cumprimento.

Entretanto, o Poder Judiciário jamais poderá se omitir no dever de concretizar os direitos fundamentais, e isso corrobora com uma decisão recente relatado pelo ministro Edson Fachin em sede de Recurso Extraordinário, onde enfrentou o argumento da reserva do possível alegado pela União em negar tratamento de alto custo ao recorrente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO PODER PÚBLICO. LISTA DO SUS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF SOBRESTAMENTO. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO EM AGRAVO REGIMENTAL.
>
> (...) A escassez de recursos públicos, que normalmente se mostram insuficientes para o pleno atendimento de todas as demandas sociais, frequentemente é utilizada como fundamento para a recusa de fornecimento da medicação demandada pela parte. Trata-se do princípio conhecido como "reserva do possível", cuja origem remonta ao direito alemão. (...) Sem prejuízo do debate doutrinário sobre o tema, é claro e indubitável que a ausência de recursos financeiros constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais. (...) Por si só, portanto, a mera afirmação da reserva do possível não basta para afastar o dever estatal de garantir a implementação dos direitos fundamentais no caso concreto (...).[23]

Em suma, diante dessas circunstâncias, apesar de algumas determinações judiciais comprometerem todo o orçamento público de um Ente, deduzindo que o atendimento as ações individuais podem colocar em risco toda a coletividade, elas precisam ser cumpridas, mas sempre dentro da existente disponibilidade financeira do Estado.

### 4.2Aspectos positivos

Em respeito ao princípio constitucional da "inafastabilidade de jurisdição"[24], também chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação consagrado na Constituição da República de 1988, pode-se depreender que, ao jurisdicionado é garantido o pleno acesso ao Poder Judiciário, a fim de provocar a atuação jurisdicional para garantir uma pretensão deduzida em juízo, isto é, consiste em uma ferramenta para efetivação dos direitos materiais.

Por essa razão, é notório que há diversas controvérsias acerca do que se pode ser judicialmente reclamado do Estado no que diz respeito às prestações positivas adstritas à saúde, com supedâneo na Carta Política de 1988. Assim, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos sociais, sobretudo, à saúde, são direitos fundamentais instantaneamente aplicáveis, estando aptas a produzirem efeitos jurídicos. Contudo, diante da omissão dos Poderes Políticos que possuem a missão de administrar e gerenciar todo o aparato estatal, não resta outra alternativa ao jurisdicionado, senão recorrer ao Poder Judiciário para dar concretude a esses direitos que garantem o mínimo de dignidade a este.

Explica Luís Roberto Barroso que:

> Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.[25]

Como já exposto, a partir do momento que se provoca a máquina judicante, esta não pode se escusar da sua responsabilidade, qual seja de dizer o direito aquele caso que lhe é imposto, visto que essa é a função típica desse poder. Então, o núcleo fundamental desse direito deve ser respeitado e ter a sua aplicabilidade na sua totalidade.

Daniel Sarmento, explica que o Poder Judiciário é, na verdade, o garantidor desse direito tão valioso para a vida e para o regime democrático:

> Tem-se entendido, neste sentido, que o Judiciário não só pode como deve assegurar, mesmo contra a vontade dos poderes políticos, o conteúdo básico dos direitos fundamentais prestacionais, uma vez que a garantia efetiva deles é condição para a vida digna e constitui pré-requisito para a própria democracia.[26]

Nessa esteira, esse mesmo autor, destaca que "o direito à saúde envolve tanto um aspecto defensivo como uma dimensão prestacional, como, de resto, praticamente todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais"[27]. Este aspecto traduz uma atuação proativa do Estado em criar e realizar políticas públicas visando o bem-estar da população, através de elementos e insumos ligados á saúde, ou seja, disponibilizando medicamentos e realizando atendimentos médicos dignos. Já aquele, remete a ideia de que o Estado deve se abster de certos comportamentos a fim de que não viole a saúde do titular desse direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Frente a isso, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou diversas vezes sobre a temática no que concerne sobre a utilização da tese de cunho orçamentário pelo Estado, como forma de se eximir da responsabilidade de subsidiar a prestação exigida pelos jurisdicionados, seja pela reivindicação de medicamentos, seja por procedimentos cirúrgicos ou até mesmo por atendimentos médicos que demandam urgência. Vejamos um trecho da decisão monocrática do ministro relator Ricardo Lewandowski:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. GRAVIDADE E URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VAGA IMEDIATA NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR. RESSARCIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO
>
> (...) "que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...)".[28]

Portanto, hodiernamente o Poder Judiciário é a principal senão a única fonte apta de organizar efetivamente as atividades estatais mediante um monitoramento direto de suas atribuições legais e constitucionais, assim, essa hipertrofia do Poder Judiciário é de grande valia, mas sempre agindo dentro dos seus limites, pois corrige os atos omissivos do Estado e comanda toda a organização deste com o propósito de incrementar o aperfeiçoamento da democracia contemporânea, a fim de vedar arbitrariedades e abusos por parte dos Poderes Políticos no tocante ao não cumprimento das obrigações de prestar com excelência e zelo o direito à saúde.

## 5 CONCLUSÃO

Com base no aqui exposto, pode-se afirmar que o legislador constituinte originário, ao elaborar as normas constitucionais, conferiu a devida importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as leis infraconstitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com efeito, a Constituição da República atribui expressamente ao Poder Judiciário de aplicar o direito ao caso concreto com a finalidade de dar uma solução aquela lide. Diante disso, no Brasil e em outros Estados democráticos reservam uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são escolhidos pelo povo, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.

Ao analisar a problemática, percebemos que o direito à saúde não pode ser desprezado pelos Poderes Políticos, uma vez que é dever constitucional de efetivá-los, pois os direitos e garantias fundamentais possui aplicabilidade imediata, estabelecendo um elevado grau de comprometimento do Estado com a concretização destes. Diante de tal omissão, surge-se o não atendimento dessas demandas sociais, o que ocasiona a provocação do Poder Judiciário e, por consequência, a judicialização com o propósito de dar concretude a esse direito.

Nessa esteira, a capacidade intervencionista e mais incisiva do Poder Judiciário, quando provocado, é de extrema importância para a efetivação do direito fundamental à saúde, visto que diante da omissão do Estado e a alegação da falta de recursos financeiros para custeá-lo, aquele possui plena legitimidade política e jurídica para dar efetividade a esse direito sem que haja uma afronta ao princípio da separação dos poderes, isto é, agindo de acordo com as regras legais e constitucionais.

Ao analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal, depreende-se que o Poder Judiciário tem se comportado com presteza e dinamismo e rechaçando o argumento da reserva do possível alegado pelo Estado como forma de se desonerar na execução dos seus deveres constitucionais.

Portanto, esse novo modelo de atuação do Poder Judiciário em razão dessa nova concepção de enxergar o direito e dos novos padrões de julgar que estão constantemente surgindo, nada mais é do que uma hermenêutica jurídica submetida aos valores e princípios consagrados na Lei Fundamental que precisam ser respeitadas e cumpridas pelo Estado a fim de garantir que o direito à saúde seja concedido na sua plenitude.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas** / Gustavo Amaral. - Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em**:** 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1193032**. Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 08.04.2019. DJe-075, publicado em 11.04.2019. Disponível em: <http://www. http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 25/11/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo nº 1201218**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 12.04.2019. DJe-081, divulgado em 16.04.2019, publicado em 22.04.2019. Disponível em: <http://www. http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 25/11/2019.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 24° Edição, Editora Malheiros, 2005.

MONTESQUIEU, C.S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, n. 4, p. 13-44, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 09. ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

ZAFFARONI. Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo:RT, 1999. p. 100.

---

[1] Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Direito Fiscal, Tributário e Especialista em Direito Civil, pela Universidade Federal do Piauí. *E-mail*: marcus.n.lima@gmail.com.

[2] Art. 196 da CF/88 - "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

[3] DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 24° Edição, Editora Malheiros, 2005.

[4] Art. 2 · , CF/88 – "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

[5]PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, n. 4, p. 16, 2008.

[6] De acordo com Luís Roberto Barroso "A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundamentais." BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

[7] MONTESQUIEU, C.S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[8] AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas** / Gustavo Amaral. - Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 206

[9] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 14.

[10]Art. 60 da CF/88 – "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais".

[11] ZAFFARONI. Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1999. p. 107.

[12] MONTESQUIEU,C.S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[13] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. p.3

[14] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. p. 6

[15] Aduz Lenio Streck que "no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

hermenêutica da construção do Direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54

[16] TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 32

[17] Salienta Luís Roberto Barroso, que "o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes." BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

[18] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. p. 6

[19] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. p. 9

[20] BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em**:** 2009. p. 24

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 09. ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 284

[22] BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em**:** 2009. p. 4

[23] STF - RE: 1193032 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 08/04/2019, Data de Publicação: DJe-075 11/04/2019

[24] Art. 5º, CF/88 – "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



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

[25] BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em**:** 2009. p. 6

[26] SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 126

[27] SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 126

[28] ARE 1201218, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 12/04/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 16/04/2019 PUBLIC 22/04/2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# ASPECTOS DA CRIMINOLOGIA SOB A ÓTICA DA LEI 11.340/06 E DO FEMINICÍDIO

**DIRCEU LOPES COSTA:** Advogado, especialista em Ciências Criminais, ênfase em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás (PUC-GO) e, acima de tudo, um SERVO de Deus.

**RESUMO:** O tema ora apresentado objetiva analisar a criminologia e seus aspectos, no tocante a Lei Maria da Penha, nº 11.340/06, e da nova qualificadora do crime de homicídio no Código Penal Brasileiro, com a nomenclatura de "feminicídio" introduzida pela lei nº 13.104/15. O estudo a ser analisado terá por objetivo estudar a criminologia, buscando mostrar à análise do objeto desta ciência empírica a partir de fenômenos individual e sociológico, relacionado à conduta do agressor, da vitima e do comportamento da sociedade, inclusive este a ser estudado com atenção especial. A metodologia a ser utilizada consistirá no levantamento das fontes teóricas e documentais por meio de reportagens que demonstra a violência doméstica. Mostrará também meios que o controle social, em especial o controle formal, por meio do Estado-Juiz, tem para impedir ou pelo menos reduzir esta violência contra os legitimados da lei nº 11.340/06. Diga-se de passagem, que a criminologia, como ciência empírica e interdisciplinar torna-se fundamental para entender a gênese da qualificadora "feminicídio".

**Palavras-Chave:** Criminologia. Feminicídio. Lei nº 11.340/06.

**ABSTRACT:** The theme now presented aims to analyze the criminology and its aspects, with respect to the Maria da Penha Law nº 11.340/06, and the new qualifier of the crime of murder in the Brazilian Penal Code, with the nomenclature of "FEMICIDE" introduced by Law nº 13.104/15. The study will be analyzed to study the criminology, seeking to show to the analysis of the object of empirical science from individual and sociological phenomena related to the conduct of the offender, the victim and the behavior of society, including this to be studied with special attention. The methodology to be used shall consist in the survey of theoretical and documentary sources by means of stories that demonstrates the domestic violence. It will also means that the social control, in particular the formal control, by means of District Judge, has to prevent or at least reduce this violence against the legitimacy of Law nº 11.340/06. Incidentally, that the criminology, as empirical

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

science and interdisciplinary becomes crucial to understand the genesis of the qualifier "FEMICIDE".

**Key Words**: Criminology. Femicide. Law nº 11.340/06.

**SUMÁRIO: 1.** Introdução; **2.** Do contexto histórico; **3.** Aumento dos casos de violência doméstica; **4.** Aspectos da criminologia; **5.** Controle social e Sistema jurídico penal: Lei nº 11.340/06 e Lei nº 13.104/15; **6.** Conclusão; 7. Referências

## 1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de estudar a criminologia, ciência empírica que analisa as causas e os efeitos da criminalidade, tais como: o delito; a pessoa do criminoso; a vítima; comportamento da sociedade. Inserida na Lei Maria da Penha, nº 11.340/06, e da nova qualificadora do crime de homicídio no Código Penal Brasileiro, com a nomenclatura de "feminicídio" introduzida pela lei nº 13.104/15.

Neste estudo, buscam-se os aspectos criminológicos do criminoso inserido em uma sociedade historicamente machista (do Brasil colonial até hoje), que para a vítima, até pouco tempo atrás, era vista como um objeto de posse ou propriedade de muitos "homens".

Observa-se, também, as questões principais pertinentes do estudo em análise, quais sejam: expor de modo sucinto a criminologia, ciência causal-explicativa, espécie do gênero ciências criminais e o controle social por meio do Estado, em consonância com a Lei 11.340/06 e, igualmente, na qualificadora do homicídio voltado a mulher.

É importante enunciar que a metodologia a ser utilizada neste trabalho é o levantamento de fontes documentais, por meio de reportagens que demonstram a violência doméstica no País e especificamente no Distrito Federal-DF.

Nesse passo, salienta-se que há um erro grave no tocante às políticas governamentais, em especial, voltada às mulheres.

É necessário trazer o ponto de vista jurídico, sobre o tema, uma vez que o ponto de vista sociológico encontra-se falido; portanto, traz-se à baila o direito penal sendo a "última *ratio",* para tentar extirpar este ato nefasto, por meio de entendimentos jurisprudenciais e legais.

Nesse sentido, o presente estudo propõe-se demonstrar os aspectos criminológicos sob a visão jurídica e legal na Lei Maria da Penha e no feminicídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

## 2.DO CONTEXTO HISTÓRICO

Na época do Brasil colônia, tinha-se às Ordenações Filipinas, quer seja, um código legal aplicável a Portugal e suas colônias. Essas ordenações abonavam o marido que fosse traído o direito de exterminar a mulher adultera; do mesmo modo, poderia matar por mera suspeita de traição.

E existia um único caso de punição, qual seja, sendo o marido traído um "peão" e o amante de sua mulher "uma pessoa de maior qualidade", o facínora era condenado a três anos de desterro na África. O direito de matar a mulher, com previsão expressa nas Ordenações Filipinas, deixou de existir com o passar dos tempos; no entanto, o machismo sobreviveu nos tribunais.

Nesse passo, existia o Código Penal de 1890, livrando da condenação quem ceifava "em estado de completa privação de sentidos"; já o atual código penal, reduz a pena dos delituosos que agem sob o domínio de violenta emoção.

## 3.AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O artigo ora analisado tem por objetivo mostrar o aumento do número de casos de violência contra a mulher, mesmo existindo leis que coíbem tal prática.

*A priori*, em 09 de março de 2018, um dia após o dia internacional da mulher, o *correio braziliense**[1]*** noticiou a seguinte reportagem: No Dia da Mulher, DF tem aumento nos casos de violência doméstica.

Em balanço feito pela Secretaria de Segurança Pública e da Paz Social (SSP/DF), a reportagem destacou que o perfil do agressor no DF, 89,7% são homens, com idade entre 18 e 40 anos; em relação às vítimas, 90% são mulheres de 18 a 30 anos.

Ainda segundo dados de 2017, 7,7% das vítimas tinham sofrido violência anteriormente, enquanto 8,8% dos agressores eram reincidentes.

Das tipologias de violência abarcadas pela Lei 11.340/06, referente à reportagem acima, a moral/psicológica foi constatada em 64,5% dos casos no ano passado. Em seguida, estão à física (52,2%), a patrimonial (10,8%) e a sexual (1,7%). As ocorrências de outras naturezas apareceram em 9,4% dos registros.

Diante desse quadro, os percentuais acima demonstram o número de violência doméstica no DF e no entorno; no entanto, em nível de Brasil, os números

são mais elevados, que nos faz a seguinte indagação: *Qual o motivo? Que leva um "homem" a praticar tal conduta nefasta?*

Será pelo fato da sociedade brasileira ser machista, patriarcal, tendo em vista que na vigência do código civil de 1916, sendo revogada apenas em 2002, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a mulher era submissa e de dependência do homem, não tinha autonomia, nem perante a sociedade e família, ou seja, a mulher era um objeto pertencente ao homem, com o *status* de incapazes, podendo assinar contratos ou laborar fora de casa com autorização expressa, apenas, do marido.

Urge salientar que mesmo após a inserção de meios legais de prevenção que coíbam tal prática, entre as quais, a criação da Carta Cidadã, em 1988, em ter cosagrado à ideia de igualdade de gêneros e, outrossim, o Legislativo Distrital, a partir da criação da Lei Orgânica do DF (LODF), que tem *status* de Constituição Estadual, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1980, também, ter **assegurado** a proteção a mulher, conforme redação do **artigo 2º, parágrafo único, como valor fundamental, e artigo 276**, que preconiza:

> "Artigo 2º O Distrito Federal integra a União indissolúvel de República Federativa do Brasil e tem como valores fundamentais: (...) Parágrafo Único: Ninguém será **discriminado ou prejudicado** em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, **sexo**, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena, nem por qualquer particularidade ou condição, observada a Constituição Federal.". (grifo nosso)
>
> "Art. 276. É **dever** do Poder Público estabelecer políticas de prevenção e combate à violência e à discriminação, **particularmente contra a mulher,** o negro e as minorias, por meio dos seguintes mecanismos: (Caput com a redação da Emenda à Lei Orgânica n° 16, de 1997.)
>
> I – **criação de delegacias especiais de atendimento à mulher vítima de violência** e ao negro vítima de discriminação; (Inciso com a redação da Emenda à Lei Orgânica n° 16, de 1997.)
>
> II – criação e manutenção de abrigos **para mulheres vítimas de violência doméstica**;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> III – criação e execução de programas que visem à coibição da violência e da discriminação sexual, racial, social ou econômica; (Inciso com a redação da Emenda à Lei Orgânica n° 16, de 1997.)
>
> IV – vedação da adoção de livro didático que dissemine qualquer forma de discriminação e preconceito;
>
> V – criação e execução de programas que visem a assistir gestantes carentes, observado o disposto no art. 123, parágrafo único;
>
> VI – incentivo e apoio às comemorações das datas importantes para a cultura negra. (inciso acrescido pela Emenda à Lei Orgânica nº 16, de 1997)." (grifo nosso)

Nesse passo, faz-se necessário analisar os aspectos da criminologia e da *reprimenda* do direito penal, no âmbito do Distrito Federal, por meio de políticas públicas, além da efetividade da Lei nº 11.340/06 e do feminicídio, meios criados para evitar o espancamento e homicídios das mulheres.

## 4.ASPECTOS DA CRIMINOLOGIA

A etimologia criminologia deriva do latim (*crimen)* crime e do grego (*logos)* tratado, significa "tratado do crime". Essa ciência do crime, termo usado pelo italiano *Rafael Garofalo*, um dos expoentes da Escola Positivista, é a ciência empírica e interdisciplinar que estuda o delito, o criminoso, a vítima e o controle social (comportamento da sociedade).

Nos dizeres do insigne *mestre Nelson Hungria*: "é o estudo experimental do fenômeno crime, para pesquisar-lhe a etiologia e tentar a sua debelação por meios preventivos ou curativos". Já para *Edwin H. Sutherland*, trata-se de um conjunto de conhecimentos que estuda o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta e maneira de socializá-lo.

A criminologia se apoia em investigações reais, com informações confiáveis em relação ao revés social, com busca dos dados do crime e seu criminoso e pela análise dos resultados.

Indo ao encontro da reportagem do *correio braziliense* acima, da incidência maciça do número de delitos contra as mulheres ou outras vítimas inseridas no artigo 129,§9º do Código Penal Brasileiro (CPB).



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Enuncia-se que a criminologia se interessa em conhecer e estudar a personalidade do homem delinquente, no caso em estudo o "homem" troglodita, a vítima, na maioria das vezes mulher e o corpo social, ou seja, o lugar que ocorre a prática desses delitos.

No tocante a vítima, a Organização das Nações Unidas (ONU)[2], conceitua *vítima* como:

> "é toda Pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequências de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente, nos Estados – Membros, incluída a que prescreve o abuso de poder".

É importante trazer à baila alguns enunciados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[3], a respeito da vítima na Lei Maria da Penha, a saber:

> ENUNCIADO 1 – Para incidência da Lei Maria da Penha, não importa o período de relacionamento entre vítima e agressor (a), nem o tempo decorrido desde o seu rompimento, bastando que reste comprovado que a violência decorreu da relação de afeto;
>
> ENUNCIADO 4 – A audiência prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/06 é cabível, mas não obrigatória, somente nos casos de ação penal pública condicionada à representação, independentemente de prévia retratação da vítima;
>
> ENUNCIADO 9- A notificação/intimação da vítima acerca da concessão de soltura do agressor e/ou de qualquer ato processual, pode ser feita por whatsapp ou similar, quando houver seu consentimento expresso, manifestado em sede inquisitorial ou judicial, por escrito ou reduzido a termo, mediante certidão nos autos por servidor público (NOVA REDAÇÃO APROVADA no IX FONAVID- Natal);
>
> ENUNCIADO 13 – Poderá a Equipe Multidisciplinar do Juízo proceder ao encaminhamento da vítima, do agressor e do núcleo familiar e doméstico envolvido à rede de atenção integral, independentemente de decisão judicial. (Nova Redação aprovada no VI Fonavid-MS);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ENUNCIADO 19 – O não-comparecimento da vítima à audiência prevista no artigo 16 da Lei n. 11.340/06 tem como consequência o prosseguimento do feito;

ENUNCIADO 20 – A conduta da vítima de comparecer à unidade policial, para lavratura de boletim de ocorrência, deve ser considerada como representação, ensejando a instauração de inquérito policial;

ENUNCIADO 24 – A competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher restringe-se aos delitos cometidos em razão do gênero, na forma dos arts. 5º e 7º da Lei Maria da Penha, não sendo suficiente que a vítima seja do sexo feminino;

ENUNCIADO 25 – As normas de tutela de direitos humanos da vítima do sexo feminino, previstas na Lei Maria da Penha não se restringem aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher;

ENUNCIADO 32 – As vítimas de crime de feminicídio e seus familiares devem contar com a assistência jurídica gratuita, devendo o(a) Juiz(a) designar defensor(a) público(a) ou advogado(a) dativo(a) para atuar em defesa nos processos de competência do Tribunal do Júri, exceto se estiverem assistidos por advogado e ou defensor público. (Aprovado no VII Fonavid-PR);

ENUNCIADO 38 – Quando da audiência de custódia, em sendo deferida a liberdade provisória ao agressor, o(a) juiz(a) deverá avaliar a hipótese de deferimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06. A vítima deve ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, por qualquer meio de comunicação, sem prejuízo da intimação do seu advogado ou do defensor público, nos termos do art. 21 da Lei 11.340/06 (Aprovado no VIII FONAVID-BH);

ENUNCIADO 41 – A vítima pode ser conduzida coercitivamente para a audiência de instrução criminal, na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

hipótese do art. 218 do Código de Processo Penal (Aprovado no VIII FONAVID-BH);

ENUNCIADO 44: A audiência de justificação/multidisciplinar/acolhimento é facultativa e poderá ser designada pelo Juiz para promoção de encaminhamentos à rede de apoio de vítimas, agressores e familiares ao programa mais adequado, podendo ser subsidiado por equipe multidisciplinar quando existente (arts. 19, 29, 30 e 31 da Lei 11.340/06) - APROVADO no IX FONAVID – Natal;

ENUNCIADO 45: As medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos –APROVADO no IX FONAVID - Natal.

No que se refere à qualificadora do §2º, inciso VI e do §2º-A do artigo 121 do CPB (Código Penal Brasileiro), o *feminicídio* se caracteriza pelo critério objetivo; trata-se de homicídio praticado contra a mulher + condição de gênero (do sexo feminino). Além do mais, o inciso VI do §2º é uma norma penal em branco IMPRÓPRIA HOMOGÊNEA HOMOVITELÍNEA (NPB) que é complementada pelo §2º-A, que é uma norma de interpretação autêntica, já que a própria lei interpreta as condições de sexo feminino.

## 5.CONTROLE SOCIAL E SISTEMA JURÍDICO PENAL: LEI Nº 11.340/06 E LEI nº 13.104/15

Um dos objetos da criminologia é o controle social, moldando-se a partir do comportamento da sociedade.

Por esse aspecto, faz-se necessário analisar a entrada em vigor da Lei nº 11.340/06 no ordenamento jurídico brasileiro, frisa-se inserção por imposição de Órgãos Internacionais, indaga-se: será por qual motivo dessa imposição forçada?

A Lei 11.340/06 foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por imposição da Organização dos Estados Americanos (OEA) por meio do caso nº 12.051, tendo em vista que o País não dispunha de mecanismos eficientes para proibir a prática de violência doméstica contra a mulher, sendo acusado de negligência, omissão e tolerância; indaga-se, talvez pelo fato da cultura machista na sociedade brasileira prevalecer.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante desse fato, o legislativo brasileiro se viu obrigado a criar e aprovar um novo dispositivo legal que trouxesse maior eficácia na prevenção e punição da violência doméstica e familiar no Brasil, no caso a lei acima. É sabido que a violência doméstica, conforme demonstrado na reportagem acima, abrange condutas que vão além da agressão física.

Nesse sentir, a Lei nº 11.340/06 classifica os tipos de violência contra a mulher nas seguintes categorias: violência patrimonial, violência sexual, violência física, violência moral e violência psicológica.

Em relação à primeira (**patrimonial**) é entendida como: qualquer comportamento que configure controle forçado, destruição ou subtração de bens materiais, documentos e instrumentos de trabalho. A violência **sexual,** por sua vez, refere-se a atos que constrangem a mulher a presenciar, continuar ou participar de relações sexuais não desejadas, com intervenção de força física ou ameaça; já no tocante a violência **física**, esta é compreendida por maneiras de agir que violam os preceitos à integridade ou a saúde da mulher.

A violência **moral**, por outro lado, é entendida como qualquer conduta que represente calúnia, difamação e injúria; e por fim, tem-se a violência **psicológica** que é entendida como qualquer comportamento que cause à mulher um dano emocional, causando constrangimentos e humilhações.

Nos dizeres da insigne doutrinadora *Maria Berenice Dias*, violência psicológica é aquela que:

> "Encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre os sexos. É a mais frequente e talvez seja a menos denunciada. A vítima, muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos são violência e devem ser denunciados. Para a configuração do dano psicológico não é necessária à elaboração de um laudo técnico ou realização de perícia. Reconhecida pelo juiz sua ocorrência, cabível a concessão de medida protetiva de urgência.".

Diga-se com a inserção da referida Lei, o número de denúncias de violência doméstica aumentou e as mulheres souberam de seus direitos. Além do mais, a Lei criou locais que eram antes inexistentes, cita-se: delegacias com atendimento especializado, juizados especiais próprios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E no caso da reportagem acima, especificamente no Distrito Federal-DF, o Policiamento de Prevenção Orientado à Violência Doméstica (Provid), ligado à Polícia Militar (PMDF), oferece suporte às pessoas que sofrem esse tipo de delito e com o apoio de Órgãos, tais: o Tribunal de Justiça do DF e Territórios (TJDFT), o Ministério Público do DF e Territórios (MPDFT) e defensorias públicas (DPDF). Mas, apesar da efetividade da Lei há um elevado número de casos de incidência de descumprimento por parte "homens" trogloditas.

Nesse sentido, o controle formal do Estado se viu na necessidade de tentar reprimir esses atos covardes, por meio de atualização da Lei ora em análise, como o *feminicídio,* Lei nº 13.104/15, que é cometido contra a mulher (vítima) quando o crime envolve violência doméstica familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

No entanto, o *feminicídio* e a Lei nº 11.340/06 ainda desrespeitada no Brasil, por culpa de uma cultura machista enraizada na sociedade. Motivo pelo qual o Estado, a partir do Legislativo, trouxe uma mudança na Lei Maria da Penha, através da Lei nº 13.641/18 que tipifica o crime de desobediência a medidas protetivas de urgência; punindo-se o agressor que descumpra a decisão judicial, nos termos do artigo 24-A da Lei 11.340/06.

É importante mencionar que se trata de um crime próprio e de uma resposta do legislador à lacuna normativa que impedia a punição específica de atos de desobediência relativos a medidas protetivas.

Traz-se à baila, o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), acerca da violência doméstica e familiar, que no julgamento da ADI nº 4424 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, entendeu ser de natureza incondicionada a ação penal em caso de crime de lesão corporal praticado contra mulher em ambiente doméstico e que o *parquet* poderá movê-la independente de representação.

Noutro giro, urge salientar que na criminologia, a figura do agressor que espanca, maltrata a mulher e os demais legitimados, pode vir a ser considerado um criminoso habitual ou contumaz, pois estes sentem a necessidade de cometer crimes e quando praticados sentem-se satisfeitos, planejando como será o próximo sem se preocupar com a lei. Mas, quando pratica o primeiro delito pode vir a ser tratado como criminoso ocasional, também.

No entanto, esses "homens" nesse tipo de delito, podem ser elencados como criminosos passionais que praticam usualmente por meio de fortes emoções, como paixões por uma necessidade psicológica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"Tais situações de violência envergonham nós, homens de bem.".

*Ministro Luiz Fux, do STF.*

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim dessa exposição teórica e pelo desiderato analisado, constatou-se que o estudo dessa ciência empírica e seus aspectos como o delito, a pessoa do criminoso, a vítima e o comportamento da sociedade são fundamentais para o desenvolvimento da incerteza do tema analisado.

Analisou-se os aspectos criminológicos do agressor, como a espécie de criminoso, inserido em uma sociedade historicamente machista, a vítima (na maioria das vezes mulher), que era e ainda é vista como um objeto de posse.

Além do mais, analisou-se o controle social por meio do Estado, a partir de efetivação de leis para tentar inibir a continuidade delitiva e, também, de entendimentos jurisprudenciais.

A metodologia usada nesse trabalho foi por meio de levantamentos de fontes documentais, por meio de reportagens que demonstrou a violência doméstica no País e no Distrito Federal-DF e, também, um erro grave no tocante às políticas governamentais, em especial, voltada às mulheres.

Do ponto de vista jurídico, houve a necessidade de inserção de leis em prol da tutela às mulheres, uma vez que o aspecto sociológico encontrou-se falido; portanto, houve a necessidade de trazer à baila o direito penal sendo a "última *ratio",* para tentar extirpar este ato nefasto, por meio de entendimentos jurídicos e legais.

Nesse sentido, esse estudo demonstrou os aspectos criminológicos sob a visão jurídica e legal da Lei Maria da Penha e do feminicídio.

## REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sobre a Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-maria-da-penha/sobre-a-lei-maria-da-penha>, acessado em 14.04.18.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.641/18: Tipifica o crime de desobediência a medidas protetivas.** Disponível em:

<http://meusitejuridico.com.br/2018/04/04/lei-13-64118-tipifica-o-crime-de-desobediencia-medidas-protetivas/>, acessado em 14.04.18.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HABERMANN, Josiane C. Albertini. **A Ciência Criminologia.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1893-7266-1-pb.pdf>, acessado em 15.04.2018.

SASSE Cintia. WESTIN Ricardo. **Dormindo com o inimigo.** In: Jornal do Senado. Brasília, Disponível em: www.senado.gov.br, acessado em 04.07.13.

Outras fontes de pesquisa

<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-maria-da-penha/forum/enunciados> , acessado em 15.10.18

---

[1] https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/03/09/interna_cidadesdf,664966/no-dia-da-mulher-df-tem-aumento-nos-casos-de-violencia-domestica.shtml

[2] (Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 – 1 – 85).

[3] <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/lei-maria-da-penha/forum/enunciados>

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# ABANDONO DE ANIMAIS DE COMPANHIA

**ANA PAULA DA SILVA NASCIMENTO:** Pós-Graduada em MBA Profissional em Pedagogia e Psicopedagogia Empresarial pela ESAB – Escola Superior Aberta do Brasil, 2011, Bacharel em direito pela instituição de ensino Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, 2018. Pós-graduação em Direito Penal e Direito Civil, 2019.

**HELENA KAZUKO HASSEGAWA EZAWA**

**(Orientadora)**

**RESUMO:** O abandono de animais domésticos é comum em nosso país, em qualquer esquina, logradouro, rua, vicinal, estrada, comércio, é cabível encontrar um animal que foi despejado de um lar. Enfim sabe-se que todos estes seres vivos tiveram um lar antes de serem cruelmente jogados. É preciso que as pessoas sejam mais responsáveis ao querer ter um animal, entender que esta é uma decisão que implica cuidado, pois os animais precisam de assistência e o que ocorre é que muitos donos não aguentando as consequências da responsabilidade de ter um animal os abandonam. Se esta situação ocorre é por causa dos seres ditos racionais, o principal precursor pelo aumento de animais abandonados é das pessoas e não há desculpas para isto. Este artigo tem como um dos objetivos sensibilizar uma consciência de que ao adotar um animal, deve-se arcar com a responsabilidade até o fim da vida do mesmo de modo digno como este merece viver e não abandoná-lo, maltratá-lo, envenenar, e tantas outras atrocidades. Se não está disposto a cuidar, que não adote um animal, pois eles são seres sencientes (possuem sentimentos como: a dor, tristeza, alegria, solidão, ansiedade, estresse, dentre outras sensações). Abandonar animais é crime, porém a lei ainda não é tão eficaz. Por fim, a metodologia aplicada para pesquisa deste assunto foi à referência bibliográfica de notícias de blogs, artigos científicos.

**Palavras chaves:** Abandono de animais. Pessoas. Seres. Responsabilidade. Lar.

**ABSTRACT:** The abandonment of domestic animals is common in our country, in any corner, street, vicinal, road, commerce, it is possible to find an animal that has been evicted from a home. Finally it is known that all these living things had a home before they were cruelly thrown. People need to be more responsible when wanting

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

to have an animal, to understand that this is a decision that implies care, because animals need assistance and what happens is that many owners cannot stand the consequences of having an animal abandon them. If this situation occurs is because of the so-called rational beings, the main precursor for the increase of abandoned animals is people and there is no excuse for this. The purpose of this article is to raise awareness that when adopting an animal, one should bear the responsibility to the end of one's life in a manner worthy of living and not abandoning, mistreating, poisoning, and so many other atrocities. If you are not willing to care, do not adopt an animal, because they are sentient beings (have feelings such as: pain, sadness, joy, loneliness, anxiety, stress, among other sensations). Abandoning animals is a crime, but the law is not yet as effective. Finally, the methodology applied to research this subject was the bibliographical reference of news from blogs, scientific articles.

**Keywords:** Animal abandonment. People. Beings Responsibility. Home.

## INTRODUÇÃO

Todo mundo conhece aquele ditado que o "cão é o melhor amigo e fiel do homem", porém é visto muitas vezes que o homem não é dos cães!

As pessoas cometem maus tratos aos animais aos abandoná-los, e isto é crime como será verificado neste artigo. As leis existem, contudo a falta de aplicabilidade, junto com a não eficácia, faz aumentar o número de animais domésticos abandonados por seus donos irresponsáveis, afinal a grande causa de aumento para a população de cães e gatos em nossas cidades é devido o descaso da inconsciência humana em ter os cuidados e responsabilidades que um animal traz ao ser adotado.

Nenhum cão ou gato brotou do nada nos lugares públicos ou estabelecimentos privados, eles foram introduzidos por seus donos, os quais jogaram as suas responsabilidades para o Estado ou para o proprietário da propriedade privada.

Os maus tratos não é só abandonar o animal em locais públicos ou privados, pois muitos animais de companhia (exemplo, cães e gatos) podem sofrer maus tratos dentro do seu ambiente doméstico, donos inconsequentes que machucam seus pets.

Quem nunca ouviu falar, ou viu um vizinho, uma vizinha cometer atrocidades contra seus pets, ou que os mesmos foram denunciados por maus tratos, ou até mesmo já viu em um noticiário alguma notícia de alguém maltratar animais?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Todavia os seres humanos devem entender que ao abandonar um animal, ele não só praticou um crime que muitas vezes fica impune por causa da ineficiência da aplicação da lei. A responsabilidade ainda estará, só não será mais vista pelo tutor ou tutora, pois o pet não vai conseguir alimentos necessários para sobreviver, ele vai correr o risco de ser atropelado ao ser deixado na rua, vai adquirir rapidamente doenças e transmitir doenças, e também pode se envolver em confrontos com outros animais e com isto pode se ferir ou falecer, ao tentar se adaptar a nova vida que lhe foi imposta "a lei da sobrevivência".

Neste trabalho será abordado sobre o abandono de animais domésticos também chamados de companhia ou pets, referindo-se a cães e gatos neste tema abordado.

Este artigo utilizou como métodos de pesquisa: referências bibliográficas, de blogs de notícias, artigos científicos, consulta da Lei, a Lei 9.605/98, Código Penal, e observações do cotidiano, afinal o abandono de animais é uma realidade.

## 2. CONCEITO DE ANIMAIS PARA O DIREITO

O animal é um ser senciente (senciência), ou seja, tem prazer, alegria, tristeza, sente saudade, ansiedade, dor, gratidão, é sensível, dentre outros sentimentos.

Sobre o conceito de animal ser senciente é uma definição jurisprudencial, devido os animais domésticos ou de companhia serem vistos por muito de seus donos como parte da família, membro familiar. Há em alguns casos que com a separação de um casal é exigida a guarda compartilhada do animal e esta é realizada, herança também já beneficiou pet.

Como é verificado para muitas pessoas o animal de companhia é um ser especial, em alguns casos é até membro da família, pode ajudar na cura de doenças e diversas outras funções, para alguns tutores ele desperta o sentimento de amor.

Utilizar o conceito de coisa ou objeto para animais é ultrapassado, inadequado, depois de saber que eles têm um entendimento sentimental.

Ainda é aceitável a conceituação de ser movente, semimovente. Depois dessas definições vemos que os animais de companhia possuem interesses próprios apesar de serem frágeis, vulneráveis, em relação aos seres humanos. Praticar atos de maus-tratos chega a ser imoral, antiético e este crime precisa se punido com efetividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ou seja, o animal ao ser abandonado sente sofrimento físico e emocional, ele não é objeto para ser descartado, jogado fora. Animais possuem sentimentos também!

## 3. MOTIVOS PARA NÃO ABANDONAR UM PET: A INFORMAÇÃO, A EDUCAÇÃO, A EMPATIA, A ÉTICA...

O Estado é tutor dos animais, assim como o proprietário do animal, ambos têm suas devidas responsabilidades. O Decreto n.º 24.645, de 10 de julho de 1934, estabelece medidas de proteção aos animais e em seu artigo primeiro tem escrito que "todos os animais existentes no país são tutelados do Estado". O Estado deve implantar políticas que busquem mudanças na relação do homem e animais. A informação aliada à educação pode ser o iniciar para amenizar a situação de abandono de animais.

A educação pode ser uma ferramenta de consciência e sensibilização aliada à divulgação de informações. Então, para reduzir o abandono de animais, é preciso uma sociedade mais ética de pensamentos, atitudes e pessoas mais esclarecidas.

É fundamental que o ser humano tenha empatia (sentido ético de se colocar no lugar do outro para avaliar uma situação), isto poderia ajudar na responsabilização de cuidar de um animal, ajudaria as pessoas terem um comportamento mais cuidadoso e ético.

Possuir um pensamento de empatia contribui para entender o nosso próximo, nasce da razão, a emoção que cria o pensamento ético e atitudes éticas.

Mostrar-se ético perante os outros é ser moral, moralista, agora muitos abandonam os seus animais em momentos que "ninguém ver", para não ser recriminado por sua conduta, porque ele sabe que a sociedade, a lei condena este tipo de conduta, isto mostra que as pessoas podem ser morais, porém não éticas.

Abandonar um animal não é apenas um ato criminoso, é um ato inescrupuloso e sem ética, desumano, irresponsável, a qual afeta o animal que é a vítima desta atrocidade e da sociedade. A conduta de abandonar um animal engloba questões: ética, pública, penal, ambiental, humanística, sociológica, filosófica.

No artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais dispõe a seguinte conceituação que: "o abandono de animais é um ato cruel e degradante".

O que não deixa de ser uma verdade. As pessoas devem tomar consciência da responsabilidade de se ter um animal, de ter a tutela de um animal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil temos leis os quais retratam sobre os cuidados com os animais, são elas: a Constituição Federal, o Código Penal, a Lei 9.605/98 e a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela Organização das Nações Unidas para a Educação e a Ciência e a Cultura.

## 4. MAUS TRATOS AOS ANIMAIS DE COMPANHIA

Um dos conceitos de maus-tratos é: abandonar o animal quando ele está doente, ferido, mutilado, envelhecido, machucado, espancá-lo, envenená-lo, deixar de prover alimentos, deixar em lugares insalubres, ou seja, deixar de ministrar-lhe tudo o que se deve prover a um animal tutelado, inclusive assistência veterinária.

Abaixo segue o art.32, da Lei 9.605/98 elucidando sobre o que são os maus-tratos...

> Art.32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.
>
> §2º. A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a1/3 (um terço), se ocorre morte do animal.

Praticar abuso, maus-tratos, são vistos como crime na esfera do Direito Penal, o que é um avanço para a lei, contudo falta a eficácia, eficiência e aplicabilidade dela.

O art.164 do Código Penal deixa claro que: "Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo. A Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa".

Muitas pessoas tem o costume não só de abandonar animais em vias públicas, mas também em propriedades privadas: comércios como restaurantes, a prática é comum.

Esses locais são propriedades privadas alheias, e ao abandonar um pet isso causa prejuízo ao proprietário do estabelecimento, "ter um animal doméstico maltrapilho que nem seu é", como muitos falam, e que nem buscaram esta responsabilidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essa é uma das principais queixas de donos de estabelecimentos comerciais que com o pet lá causa certo repúdio, pois muitos clientes não gostam de animais, outros não gostam de ver o sofrimento do animal, mesmo que dê a comida, são necessários outros cuidados.

Ter um animal de companhia é uma escolha, porém a partir do momento que se tem um, deve arcar com as consequências de se tê-lo, torna-se uma obrigação, o qual não deve ser descartado no primeiro problema que aparecer, a pessoa deve possui ciência dos prós e contra de se adquirir um pet.

Ou seja, o ser humano é responsável pelo animal de companhia e precisa entender que ele deve ter esta responsabilidade - chamada de "posse ou guarda responsável".

## 5. O QUE FAZER PARA AMENIZAR O ABANDONO DOS PETS?

Para amenizar o abandono dos pets ou animais de companhia é fundamental a educação da população sobre o cuidado com os animais, principalmente de quem resolve "pegar" um animal, adotar um ser vivo desta categoria.

Que os seres humanos comecem a praticar a guarda responsável ou posse responsável - entendam que um pet precisa de bem-estar, que ele possui direitos e seus tutores têm deveres, a responsabilidade é do tutor do animal.

Ao eliminar o animal do convívio do lar isto gera um problema social. A remoção, a eliminação do animal não é a solução adequada, porque faz aumentar a superpopulação de animais de estimação em lugares públicos e isto deve ser contido.

Em pesquisas bibliográficas realizadas e em conversas informais com um grupo de pessoas alguns motivos alegados para o abandono de animais foram:

1.A rejeição à fêmea com cria de filhotes por não ter tido o cuidado de castrá-la;

2. Doença ou velhice;

3. Os tutores cujo viajam ou mudam de residência deixando o animal na antiga residência, por não possui tempo de cuidar, ou por ter enjoado do animal;

4. O animal que cresce e fica com grande porte;

5. O latido ou miar que incomoda;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6. A dificuldade de convívio pela presença de crianças no lar;

7. Alergia a pelos, entre outras causas...

A Carta Magma relata em seu dispositivo de art. 225 que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". Qual a qualidade de vida se tem ao ver um animal que era de companhia e que agora vive em locais públicos, sofrendo todos os tipos de maus-tratos, até mesmo por outros seres humanos? O meio ambiente é afetado por este tipo de situação.

Continuando o art.225 da CF: "... Ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Neste caso ao abandonar um animal de companhia em local público devemos nós como coletividade junto ao Poder Público cuidar de um problema que muitos procuraram terem?

Não devia esses indivíduos arcarem com os problemas de adquirirem um animal de estimação, não deviam pensarem antes de adotarem?

Entretanto preferem se livrar, e deixar esta responsabilidade ao Poder Público, ou com as ONGs preocupadas com esses animais e parte da sociedade. Enfim, não há outra definição a este tipo de ser humano que se adeque melhor que "criminoso", pois ele prática crimes contra a sociedade, ao meio ambiente, ao Poder Público, e a dignidade do animal, ferindo a Constituição, Código Penal, o Meio ambiente e outras leis.

A seguir o dispositivo constitucional, art.225 da CF e os incisos: VI e VII, que só comprovam os parágrafos descritos há pouco.

> Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
>
> VII – proteger a fauna e a flora, vedada, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica,



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A educação aliada à informação é uma boa ferramenta para amenizar a deportação de animais em lugares públicos ou propriedade privada, esta conscientização pode começar nas escolas, em propagandas midiáticas, afinal o Estado é responsável também pelos animais de companhia, não apenas os tutores, é preciso uma re-educação sobre os cuidados em se ter um animal doméstico ou companhia.

Também é necessária a aplicação de eficácia e efetividade das leis de defesa dos animais. O cidadão também precisa denunciar os maus-tratos às autoridades, através de ligações, via-internet, e o tutor ao ser denunciado merece receber punição como multa, penas restritivas de direito como: prestação pecuniária, perda do animal definitiva para que este seja protegido de atrocidades, também a perda de valores e bens, prestação de serviços à comunidade e entidades públicas.

Quem denunciasse, por exemplo, locais os quais praticam maus-tratos contra animais de companhia (isto é comum em canis que utilizam animais de raça para reprodução), e tutores que cometem esses tipos de condutas, poderia ganhar um desconto em alguma tarifa de imposto pago, como um IPTU, IPVA, IR, afinal este indivíduo fez uma ação social, praticou cidadania e merecia um benefício do Estado.

Também devia fazer um registro de animal canino, assim quem resolvesse "pegar" um animal na informalidade e não cadastrasse pagaria uma multa, talvez assim reduzisse o número de pessoas irresponsáveis, que iam pensar ao "pegar um animal" e depois jogar fora na rua, ou em locais públicos como se fosse um objeto.

O que falta para a população é responsabilidade, sensibilidade em ter uma consciência que os animais de companhia dão trabalho de cuidar.

Com essas práticas citadas às pessoas iam repensar antes de adotar um pet, maltratar um animal, pois sofreria uma sanção, se fosse denunciado ou se a lei tivesse aplicação.

Afinal ninguém quer ser punido, e quem não ia querer um desconto em algum tributo do Estado como a União, Estado, Munícipio e Distrito Federal.

Neste artigo foram lançadas algumas sugestões para incentivarem as pessoas a serem mais cidadãs, afinal as sanções servem como medidas terapêuticas para educar a população de modo positivo ou negativo. Quem sabe com essas medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

amenizavam-se o aumento de animais domésticos abandonados nas vias públicas ou estabelecimentos particulares.

## 6. ADOÇÃO DE ANIMAIS DE COMPANHIA

Há muitos canis que criam diversas raças de cães só para vender os filhotes e as mães sofrem muitos maus-tratos, pois a função delas é somente a reprodução. Alguns destes estabelecimentos são precários em suas instalações, os animais não recebem o correto cuidado como carinho, medicamentos, alimentação, medicina veterinária e etc.

Como é sabido não são apenas cães sem raça definida que são abandonados, até os com pedigree, "ditos de raça", também estão sendo jogados nas vias públicas.

A adoção de animais de companhia é um dos fatores que ajudaria a reduzir o número de cães em vias públicas. O amor de um canino ou gato não tem raça.

Há muitas ONGs de animais de credibilidade que tentam fazer campanhas para se adotar um animal de companhia, em sites, feiras em supermercados ou lugares abertos, porém o número ainda é pouco significativo.

Uma solução boa seria que as pessoas também parassem de comprar animais de companhia, de qualquer canil, pois muitos utilizam da natureza reprodutora dos animais para comércio, mercadoria, capitalismo, e isto também é um modo de maus-tratos.

É essencial que o tutor seja consciente sobre adotar, criar um animal de companhia, pois ele vai assumir uma obrigação, isto é o que se chama de "posse ou guarda responsável". A guarda responsável é o planejamento para cuidar do animal de maneira adequada, com cuidados necessários para manter o animal de estimação saudável e feliz.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso país não tem leis efetivas para defender os animais, principalmente de maus-tratos os quais muitas pessoas praticam e o poder público de uma maneira geral necessita de políticas eficazes para resolver o problema. É preciso combater o problema, todavia o mais importante é não deixar que ele aconteça.

O pior é que as pessoas que são tutoras de animais muitas vezes não tutelam de modo responsável, e por causa deste tipo de gente vemos no dia-a-dia as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

arbitrariedades os quais são praticadas a estes seres indefesos, ferindo a dignidade destes pets com diversos abusos, crueldades e outras maneiras de maus-tratos.

Este artigo demonstrou que o ser humano tem a capacidade de raciocinar, entretanto não tem a capacidade de usá-la de modo correto, pois ao abandonar um animal, o que é visto, é a capacidade humana de ser mau e cometer um crime.

Essas atitudes humanas só faz mostrar que a filosofia de Hobbes, no livro Leviatã é atual, ou seja, "que a essência do homem é má, o homem é mau, não presta". O homem mostra que precisa ser controlado, não sabe viver em sociedade, pois ao abandonar um animal, ele não pratica uma ação de cidadania.

A humanidade ainda tem salvação, porque há pessoas que possuem a decência ou consciência de que os animais são seres que precisam de afeto, carinho, cuidados, assistências diversas, e que buscam serem responsáveis ou dominam a sua índole má, são altruístas. Com estas atitudes surgem o que chamamos de cidadãos honestos, pois ao abandonar um animal, esta conduta é tipificada como crime, logo se um delito é cometido, isto não é cidadania, é contrariar a lei. A lei serve para controlar as pessoas.

É necessário que as pessoas entendam que criar pets dá trabalho, que eles crescem, latem ou miam, fazem barulhos, que eles procriam, adoecem, envelhecem, enfim ao adotar um animal deve-se ter em mente as responsabilidades e arcar com as mesmas.

Todavia, o essencial é que este problema de abandono de animais seja combatido. Também é importante que o abandono dos pets não continue se perpetuando.

Por fim é necessário informação, educação familiar, educação escolar para sensibilizar, criar uma empatia sobre a guarda responsável de animais, efetividade na aplicação da lei, maior vigilância do poder público dentre outras medidas.

**REFERÊNCIAS**

SILVA, Renata. URBANESKI, Vilmar. **Metodologia do Trabalho Científico.** Indaial: Uniasselvi, 2009.

_____VADE MERCUM. Saraiva OAB. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NATALINO, ALEX. **Abandonar animais é crime previsto em lei.** Disponível em: https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/395206911/abandonar-animais-e-crime-previsto-em-lei. 2016. Acesso: 18 de novembro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SOUZA, De Jesus, Filomena, Joseth. ERI SHIMIZU, Helena. **Representação social acerca dos animais e bioética de proteção: subsídios à construção da educação humanitária.** Rev. bioética. 2013, p. 546-56.

JUNIOR, Kawano, Nobuo, Celso. MACHADO, Epifânio, César, Júlio. **Abandono de animais domésticos: elaboração e implementação de sequência didática em escola pública de Embu das artes – SP.** Ciência em tela – Volume 11, Número 1 – 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NA DISPENSA DE LICITAÇÃO DO ART. 24, XIII, DA LEI 8.666/93

**LUCIANA FONSECA AZEVEDO:** Procuradora do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Professora de Direito Tributário, Processo Civil, Direito Constitucional e Administrativo. Advogada na área do Direito Público.

**RESUMO:** O presente artigo trata a respeito da hipótese de contratação direta prevista no art. 24, inciso XIII da Lei 8.666/93. Ainda sim, foram verificados os requisitos necessários à instrumentalização do procedimento para a contratação, de acordo com o entendimento doutrinário e do Tribunal de Contas da União sobre a matéria. Sobretudo, foi analisada a Súmula 250 da Corte de Contas, com o intuito de verificar se houve modificação considerável para essas contratações a partir de sua edição. Concluiu-se que as condições necessárias para a celebração de contrato já poderiam ser depreendidas das exigências contidas na própria Lei 8.666/93, especialmente a necessidade de pertinência do contrato com a natureza da instituição, inobstante o enunciado sumular tenha posto fim a qualquer discussão a respeito dessa e de outras condicionantes.

**PALAVRAS-CHAVE**: Administrativo; contratação direta; lei de licitações; enunciado de súmula; requisitos previstos na lei de regência.

**ABSTRACT:** This article is about the possibility of direct contracting referred to in art. 24, item XIII of Law 8,666 / 93. Still, they checked the requirements for exploitation of the procedure for hiring, according to the doctrinal understanding and the Federal Audit Court on the matter. Above all, the Precedent 250 of the Audit Court was analyzed, in order to verify if there was significant modification to these contracts from its issue. It was concluded that the necessary conditions for the execution of an agreement could already be inferred from the requirements contained in Law 8,666 / 93, especially the need for relevance of the contract with the nature of the institution, regardless of whether the sumular statement has put an end to any discussion about this and other constraints.

**KEYWORDS:** administrative; direct contracting; law of bids; statement of summary; requirements of applicable law governing.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**SUMÁRIO**: 1 INTRODUÇÃO. 2 DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PREVISTA NO ART. 24, INCISO XIII DA LEI 8.666/93. 2.2 Da dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII da Lei 8.666/93. 2.3 Da orientação do Tribunal de Contas da União. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 8.666/93 dispôs expressamente a respeito das hipóteses de contratação direta, seja por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, enumerando, ainda, o procedimento específico a ser observado previamente, para as situações em que a Administração Pública pretenda contratar sem prévia licitação.

O art. 24, XIII da Lei 8.666/93 encontra-se compreendido em hipótese de dispensa de licitação em que será descartado o certame antecedente à contratação, nos casos em que o gestor pretenda contratar instituições sem fins lucrativos, voltadas à pesquisa, ensino ou ao desenvolvimento institucional, ou dedicada à recuperação social do preso, desde que observadas as condições que lhe são impostas e o procedimento prévio necessário à formalização da avença com o Estado.

Desse modo, a análise dos requisitos necessários à caracterização da contratação direta em estudo mostra-se essencial, a partir da análise da legislação, doutrina e da jurisprudência da Corte de Contas da União, sobretudo, a repercussão do Enunciado Sumular n. 250 do referido Tribunal, cujas minúcias serão abordadas no presente trabalho.

## 2 DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PREVISTA NO ART. 24, INCISO XIII DA LEI 8.666/93

### 2.1 Considerações iniciais

Como regra, o constituinte adotou a ideia de que a melhor contratação para a Administração Pública concretiza-se a partir da realização dos procedimentos de licitação, pois daí derivariam as melhores vantagens possíveis, assim como garantiria a observação dos princípios constitucionais, mormente o da isonomia e o da impessoalidade.[1]

Inobstante, esse mesmo ideário de que os certames seriam as melhores vias de contratação foi restringido também pela própria Constituição Federal. Ao permitir-se expressamente junto ao art. 37, XXI que a contratação direta sem a

realização de procedimento de licitação seria possível, desde que compreendida em uma das hipóteses dispostas na legislação de regência[2], passou-se a aceitação de que essa poderia ser uma escolha de maior vantagem à atuação administrativa, sem que fossem por isso rechaçados os princípios constitucionais.

Hodiernamente, as hipóteses referenciadas pelo constituinte que fogem a regra da licitação encontram-se previstas na Lei 8.666/93, segmentadas nas modalidades de dispensa e de inexigibilidade de licitação, a depender das circunstâncias fáticas e legais de cada caso.

Grosso modo, quando houver inviabilidade da disputa, se estará diante de situação que enseja a inexigibilidade de licitação. Já na hipótese de dispensa, há possibilidade de licitação, todavia, por opção legislativa motivada em interesses públicos, optou-se por descartar o certame previamente à contratação. Neste caso, se não houver possibilidade de escolha do Administrador quanto à realização de certame, a licitação será dispensada (art. 17, I e II da Lei 8.666/93). E, havendo a análise meritória do gestor quanto à dispensa, a licitação será considerada dispensável (art. 24 da Lei 8.666/93).[3]

Em qualquer das modalidades de contratação direta sem prévio certame, não poderá a Administração realizá-la sem a observação de certos requisitos formais, extraídos, de modo geral, do art. 26 da Lei 8.666/93, o qual delimitou a obrigatoriedade de ser instruído, previamente, o procedimento de justificação. Vejamos:

> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicadas, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
>
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
>
> I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
>
> II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> III - justificativa do preço.
>
> IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Do citado dispositivo, extrai-se que o procedimento de justificação motivará a circunstância fática que conduz a escolha do gestor pela contratação direta, a razão de escolha do fornecedor ou do executante e a aceitação do preço ofertado; e conterá a documentação de aceitação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Especialmente em relação à Justificativa quanto à aceitação do preço e as razões de escolha do prestador, ressalte-se que ambos devem estar concatenados ao princípio da isonomia, de maneira que sirva de fundamento norteador ao gestor público como critério de eleição do contratado.

A este respeito, Justen Filho traça os seguintes esclarecimentos:

> "A contratação não poderá ofender o princípio da isonomia. Existindo diversas instituição em situação semelhante, caberá um procedimento seletivo simplificado para selecionar aquela que apresente a melhor proposta – ainda que essa proposta deva ser avaliada segundo critérios diversos do "menor preço".[4]

Desse modo, em virtude do interesse público é cabível a contratação direta sem a licitação prévia, não olvidada a necessidade de instruir o processo de contratação com todos os esclarecimentos necessários, na linha do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93. Nesse viés, a justificativa quanto às razões de escolha do fornecedor e do preço, devem estar aclaradas junto ao procedimento de justificação, como medidas balizadoras dos princípios constitucionais, sobretudo o da isonomia.

**2.2 Da dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII da Lei 8.666/93**

De acordo com o que fora apresentado no tópico anterior, a contratação direta, na modalidade de dispensa de licitação, pode ser utilizada exatamente nos casos em que, embora sendo possível a instauração de processo de competição, por opção legislativa a Administração Pública encontra-se desobrigada do dever de licitar. É exatamente este o caso que estudaremos, previsto no inciso XIII, do art. 24 da Lei 8.666/93.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outrossim, a contratação direta encontra-se sujeita à observância de vários requisitos legais gerais, previstos, principalmente, no parágrafo único do art. 26, e aos quesitos específicos, de acordo com a previsão do próprio dispositivo que autoriza a contratação direta em si.

A par das exigências já estudadas no procedimento de justificação, a exemplo da justificativa do preço e da escolha do fornecedor do produto ou serviço, identifiquemos as condições específicas para a contratação direta do inciso XIII do art. 24, com base na leitura do texto legal que o disciplinou:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Como se vê, a hipótese tratada pelo legislador autorizou a dispensa de licitação para contratar instituição brasileira, sem fins lucrativos e de inquestionável reputação ético-profissional, que tenha por objetivo desenvolver, com base no respectivo estatuto, atividades relacionadas à pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social do preso. São estes, portanto, os requisitos específicos a serem observados para a contratação, minuciosamente tratados adiante.

O dispositivo assentou claramente que só será possível a contratação de instituição brasileira. E, além disso, as entidades não poderão ter fins lucrativos. Logo, dessa condicionante extrai-se que poderão ser contratadas associações ou fundações privadas. Vale dizer que a proibição quanto à lucratividade encontra-se relacionada a sua distribuição entre os integrantes da entidade, todavia, não impede que a entidade obtenha lucro no exercício de suas atividades e o reverta ao seu objetivo social.

Ainda sim, essas atividades desenvolvidas pela instituição devem necessariamente voltar-se à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional. O estatuto social da entidade ou seu regimento interno conterão um desses segmentos como atividades precípuas, pois a sua finalidade institucional obrigatoriamente encontrar-se-á destinada a estes campos de atuação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ademais, a instituição deve possuir inquestionável reputação ético-profissional. Trata-se, na leitura de Oliveira[5], de conceito jurídico indeterminado, o qual, todavia, ainda sim permitiria criar entrave à contratação de entidades que tivessem sido declaradas inidôneas por algum ente da federação.

O objeto contratual, por sua vez, deve guardar pertinência com as atividades desenvolvidas pela instituição. É imprescindível que entre a natureza da instituição e o objeto contratado haja nexo efetivo, ou seja, o vínculo jurídico mantido entre as partes têm que estar essencialmente correlacionados com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, cuja previsão, conforme já observado, deve constar no estatuto ou no regimento interno da entidade que se pretende contratar.

Sobre esses pontos, Jacoby Fernandes[6] tece os esclarecimentos adiante transcritos:

> (...) é preciso que o objeto que será contratado seja a causa da reputação da instituição pelo modo diferenciado qualitativamente que executa. Por isso não se concebe – e é irregular – que uma instituição seja contratada para objetos distintos, diferentes. Há que ser sempre objeto da mesma natureza em todas as contratações fundadas no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93. Se uma instituição ora é contratada para realizar serviço de informática, noutra de pesquisa médica, noutra de treinamento, fica evidenciado que sua múltipla funcionalidade não é pertinente à reputação ético-profissional.

Ainda sim, há necessidade de se averiguar se a entidade possui capacidade de executar o futuro contrato, com seus próprios recursos e em conformidade às suas finalidades institucionais, pois, apresenta-se imprópria a subcontratação.

Quanto a este aspecto, não se pode perder de vista que a assunção do compromisso pela entidade ampara-se na suficiência de sua estrutura e competência para executar diretamente o contrato. Não deve a entidade se prestar ao papel de simples intermediadora para que a avença seja celebrada, no intuito de, posteriormente, delegar a terceiros a prestação dos serviços.

Assim, ideal é que os profissionais que participarem do projeto integrem o quando funcional da entidade, uma vez que essas características organizacionais

previamente analisadas pela Administração justificam também a predileção pela futura contratada, assim como evitam burlar as regras da Lei 8.666/93.

Considerados todos esses aspectos, a dispensa de licitação com base no inciso XIII do art. 24 demonstra-se viável juridicamente. No entanto, o processo administrativo que a instrumentalizar, guardará, com todo o rigor, as demais regras gerais, aplicáveis aos procedimentos de contratação direta, assim como as regras específicas tratadas anteriormente.

**2.3 Da orientação do Tribunal de Contas da União**

Em atenção à hipótese inserida ao inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, o Tribunal de Contas da União, em Dezembro de 1997, editou o Enunciado de Súmula 250, com o objetivo de estabelecer parâmetros ao objeto contratual. Vejamo-la:

> Súmula nº250 – A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.[7]

Do art. 24, XIII, tranquilamente se extrai que a finalidade da norma seria de incremento e apoio às instituições dedicadas à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional e à recuperação social do preso como medida de incentivo às atividades que lhes incumbem.

Todavia, ainda sim se fez necessária a edição do enunciado sumular. A Orientação do TCU se justificou em razão de que, diante da interpretação literal do art. 24, XIII, não teria, em tese, o legislador deixado claro as circunstâncias que deveriam envolver o objeto contratual. Explique-se: a norma teria introduzido os sujeitos aptos à contratação – de um lado, a Administração Pública e, de outro, as instituições que desenvolvessem as atividades arroladas - mas nada teria dito a respeito do objeto do contrato a ser celebrado pelo Poder Público.

Por tal motivo, a Súmula expressamente passou a prever a exigência de pertinência entre o fim da instituição contratada e o objeto do contrato, como forma de coibir a contratação de qualquer natureza amparada juridicamente no art. 24, XIII, sem tratar especificamente das atividades de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional e da recuperação social do preso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, colacionamos os seguintes julgados da Corte de Contas:

> Limite-se a efetuar contratações com dispensa de licitação fundamentada na Lei nº 8.958/1994, c/c o art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, nas hipóteses em que o objeto do contrato revelar-se diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.
>
> (TCU, AC. 679/2009, PLENÁRIO, RELATOR: MINISTRO JOSÉ JORGE; DJE EM 09/04/2009)[8]
>
> (...) abstenha-se de contratar a instituição com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 sem que haja nexo entre esse dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual, este, necessariamente relativo a ensino, pesquisa ou a desenvolvimento institucional, o que não é o caso da realização de Plano Diretor para o campus de São Cristóvão.
>
> (TCU, AC. 1.613/2004, PLENÁRIO, RELATOR: MINISTRO WALTON ALENCAR RODRIGUES, DJE EM 18/04/2006)[9]
>
> A respeito do tema, a jurisprudência deste Tribunal já firmou o entendimento de não ser suficiente, para a contratação direta de fundação de apoio pelas instituições federais de pesquisa ou ensino superior, com espeque no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, o fato de a entidade contratada preencher os requisitos estatutários exigidos no referido dispositivo legal. É necessário, também, que o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional. (...) O ajuste em tela teve por finalidade a elaboração de projetos básicos de obras de transposição do Rio São Francisco e estudos de impacto ambiental e de inserção regional. Tal objeto não se coaduna com a atuação e finalidade estatutária da Funcate – aplicações espaciais (meteorologia, sensoriamento remoto, geoprocessamento), engenharia e tecnologia espaciais. Em outras palavras, a contratação das atividades contempladas no ajuste nº 01.06.094.0/99 deveria ter sido submetida à prévia licitação, já que existem, no



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mercado, potenciais empresas dos ramos de engenharia e de consultoria ambiental, aptas a prestar os serviços.
>
> (TCU, AC. 1803/2010, PLENÁRIO, RELATOR: MINISTRO WALTON ALENCAR RODRIGUES; DJE EM 06/08/2010)[10]

Ademais, com a expressa redação do enunciado sumular sobre a pertinência necessária entre o objeto do contrato e a natureza da instituição, ganhou ainda mais corpo a impropriedade de subcontratação nos casos compreendidos pelo inciso XIII, pois, também na mesma linha de raciocínio, se a intenção da norma era justamente prestigiar certas atividades, mostra-se descabida a delegação dos serviços prestados a terceiros. Portanto, reforçada também para esta modalidade de contratação a incongruência quanto à permissividade de subcontratações.

Como último requisito previsto na Súmula, foi imposta a necessidade de comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado. Ora, também quanto a este aspecto, a orientação da Corte buscou apenas enfatizar o que anteriormente já existia como regra, dessa vez extraída do próprio procedimento de justificação do art. 26.

Em todas as contratações diretas obriga-se ao administrador a justificar as razões de adoção do preço a ser contratado, utilizando-se como parâmetro as valorações praticadas no mercado (parágrafo único, inciso III do art. 26). Inobstante, fez-se também necessário o reforço como medida balizadora a contratações que pretendessem ultrapassar a razoabilidade, a partir da utilização de preços abusivos.

O TCU, assim, vem ratificando reiteradamente o seu posicionamento:

> Este Tribunal possui jurisprudência consolidada de que os requisitos para a contratação direta com base no referido dispositivo não se restringem a ser a instituição brasileira; sem fins lucrativos; detentora de inquestionável reputação ético-profissional; incumbida, regimental ou estatutariamente, da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso. A fim de compatibilizar a norma com o ordenamento jurídico vigente, em que prepondera, no âmbito da Administração Pública, o princípio maior da licitação, impõe-se numa interpretação rigorosa do permissivo legal, de modo a exigir que entidade contratada possua objetivos condizentes com o objeto da contratação. Tal entendimento, cujos precedentes remontam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ao ano de 1997, por sua relevância, consta da Súmula 250 do TCU, vazadas nos seguintes termos: (...). O nexo efetivo entre o objeto almejado pela administração e as finalidades precípuas da entidade deve ser devidamente evidenciado previamente à contratação para que se cumpra outro dispositivo da Lei 8.666/1993, qual seja, a necessidade de se demonstrar as razões da escolha do prestador de serviços nos casos de dispensa da licitação (art. 26, II)
>
> (TCU, AC. 3125/2011, PLENÁRIO, RELATOR: MINISTRO JOSÉ JORGE; DJE EM 30/11/2011).[11]

Assim, embora todas as exigências já pudessem ser retiradas do dispositivo que autoriza a contratação dessas instituições, assim como do próprio artigo 26, a Súmula da Corte de Contas acabou finalizando quaisquer controvérsias ou teses em sentido contrário, enrijecendo a necessidade de que o processo administrativo que instruir a contratação direta observe também as diretrizes contidas em seu comando orientador.

## 3. CONCLUSÃO

Em razão do interesse público, a contratação direta de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, prevista no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, é permitida desde que observados os requisitos que a compreendem.

A princípio, a referida contratação deve ser precedida de toda a motivação necessária, em consonância ao procedimento de justificação estabelecido ao parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93. Sobretudo, deve-se atentar à justificativa em relação aos critérios de escolha do fornecedor e do preço, de modo que se observe, especialmente, o princípio da isonomia.

Ademais, para a referida contratação, como se depreende do próprio dispositivo, a entidade não pode ter fins lucrativos; deve possuir inquestionável reputação ético-profissional; e apresentar no estatuto previsão que indique finalidade voltada ao desenvolvimento da pesquisa, do ensino, do desenvolvimento institucional ou da recuperação social do preso.

Ainda sim, embora fosse possível já se depreender da própria finalidade da norma – a qual se encontra voltada ao incremento das atividades no dispositivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

relacionadas -, foi reforçada, pela Súmula 250 do TCU e posicionamentos reiterados da Corte de Contas, a tese de que na referida contratação deva haver pertinência entre o objeto do contrato e o objeto social da entidade; impossibilidade de subcontratação; e a compatibilidade dos preços contratados com os de mercado.

Dessa forma, a Administração Pública, ao contratar sob esta hipótese, guardará, como medida de recomendação, as linhas gerais já previstas na própria Lei 8.666/93, principalmente ao artigo 26, assim como os critérios específicos apontados pela jurisprudência, com relevo à orientação do enunciado sumular n. 250, para fins de conferir regularidade ao procedimento e ao contrato que pretenda celebrar.

## 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**CARVALHO FILHO**, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

**JUNIOR**, Dirley da Cunha. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. rev., atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2015.

**FILHO**, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

**OLIVEIRA**, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Legislação**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 02.jul.2015.

Lei 8.666/1993. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Legislação. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>.

Acessado em 09. set. 2015.

Tribunal de Contas da União. Súmula n. 250 - http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18308-sumula-250-tcu

**Tribunal de Contas da União**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110627/AC_1601_23_11_P.doc.

**Tribunal de Contas da União** - http://www.jusbrasil.com.br/diarios/617484/pg-150-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-20-05-2005

**Tribunal de Contas da União**

http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20050519%5CTC-011-348-2002-5.doc

**Tribunal de Contas da União**

http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110627/AC_1601_23_11_P.doc.

---

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 251.

[2] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusula que estabeleça obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[3] JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. rev., atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 467.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 443.

[5] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 77.

[6] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 9. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 420.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[7] Tribunal de Contas da União. Súmula n. 250 - http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18308-sumula-250-tcu

[8] Tribunal de Contas da União - http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110627/AC_1601_23_11_P.doc.

[9] http://www.jusbrasil.com.br/diarios/617484/pg-150-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-20-05-2005

[10] http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20050519%5CTC-011-348-2002-5.doc.

[11] http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110627/AC_1601_23_11_P.doc.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# O ARTIGO 4° DA LEI 13.654/2018 E A REPERCUSSÃO ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE FORMAL NO QUE SE REFERE À REVOGAÇÃO DO INCISO I DO §2° DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL

**ANA LUIZA BRAUN ARY:** graduada pela Universidade Federal do Ceará e pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo apresentar a discussão que se formou na comunidade jurídica acerca da (in)constitucionalidade do art. 4° da Lei n° 13.654, de 23 de abril de 2018, a qual expressamente revogou o inciso I do § 2° do art. 157 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), não mais prevendo, no crime de roubo, a causa de aumento da pena se a violência ou grave ameaça for exercida com emprego de arma branca. Enfatize-se que o estudo a que se procedeu na confecção deste trabalho foi elaborado por meio de pesquisa qualitativa, sendo utilizados escritos doutrinários e jurisprudência.

**PALAVRAS CHAVE**: Roubo circunstanciado. Revogação da causa de aumento de pena pelo emprego de arma. (In)constitucionalidade formal.

**SUMÁRIO**: 1 Introdução. 2 Considerações gerais sobre o crime de roubo. 3 Alteração legislativa introduzida pela Lei n° 13.654/2018 no crime de roubo majorado pelo emprego de arma. 4 Análise da (in)constitucionalidade do art. 4° da Lei n° 13.654/2018. 4.1 Posição pela inconstitucionalidade formal do dispositivo. 4.2 Posição pela constitucionalidade formal do dispositivo. 5 Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Consoante a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942), a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (art. 2°, §1°, primeira parte). Com efeito, a lei objeto do presente artigo assim o fez, prevendo em seu art. 4° a expressa revogação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal.

Ocorre que referida alteração originou intensos debates acerca de sua validade, porquanto se questiona se houve observação ao devido processo legislativo no Congresso Nacional, culminando em duas posições antagônicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sobre a (in)constitucionalidade formal do dispositivo que revogou a causa de aumento de pena pelo emprego de arma branca no crime de roubo.

Este trabalho tem por objetivo analisar, de forma genérica, o delito de roubo, anunciando suas características doutrinárias e aspectos jurisprudenciais, abordando a alteração efetivada pela Lei n° 13.654/2018 no ordenamento jurídico e apresentando os argumentos levantados pelas correntes que se posicionam a favor e contra o reconhecimento da inconstitucionalidade formal do art. 4° do diploma normativo.

## 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE ROUBO

O crime de roubo encontra previsão legal no art. 157, *caput* e parágrafos, do Código Penal, sendo considerado delito de elevado potencial ofensivo em razão da pena abstratamente cominada no preceito secundário do tipo penal (reclusão, de quatro a dez anos, e multa). A atual redação do Código Penal é a seguinte:

> Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
>
> Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
>
> § 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.
>
> § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> I – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;
>
> III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.
>
> IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)
>
> VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> § 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

Com a sua prática, o agente pode violar o patrimônio e a integridade física (ao agir com violência à pessoa) ou o patrimônio e a liberdade individual (ao ser cometido mediante grave ameaça), sendo, portanto, um crime pluriofensivo.

De acordo com Masson (2018, p. 446),

> O roubo é crime **comum** (pode ser praticado por qualquer pessoa); **de forma livre** (admite qualquer meio de execução); **material**, de acordo com a posição doutrinária tradicional (consuma-se com a produção do resultado naturalístico, isto é, com a livre disponibilidade do agente sobre a coisa), ou **formal** (sua consumação independe da retirada da coisa da esfera de vigilância da vítima), em sintonia com a orientação do STF e do STJ; **instantâneo** (consuma-se em um momento determinado, sem continuidade no tempo);

> em regra **plurissubsistente** (a conduta é composta de diversos atos); **de dano** (o tipo penal prevê a efetiva lesão ao patrimônio da vítima); e **unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual** (cometido normalmente por uma só pessoa, nada obstante seja possível o concurso de agentes).

O tipo penal em destaque reclama o dolo como elemento subjetivo, além de um especial fim de agir consubstanciado na expressão "para si ou para outrem". A modalidade culposa não é compatível com este delito, sendo desnecessária a intenção de lucro e irrelevante o motivo do crime. A tentativa é plenamente possível de restar caracterizada, bastando que o agente não consume o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

O roubo próprio está previsto no *caput* do art. 157 do Código Penal, enquanto o roubo impróprio repousa no § 1° do mesmo dispositivo. Diferenciam-se pelos meios de execução, pelo momento de emprego do meio de execução e pela finalidade do meio de execução.

> Roubo – próprio e impróprio. A figura da cabeça do art. 157 do Código Penal revela o roubo próprio. O § 1° do mesmo dispositivo consubstancia tipo diverso, ou seja, o roubo impróprio, o qual fica configurado com a subtração procedida sem grave ameaça ou violência, vindo-se a empregá-las posteriormente contra a pessoa. (STF, RHC 92.430/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 21/11/2008).

O roubo próprio pode ser cometido mediante violência à pessoa (própria ou imprópria) e grave ameaça, ao passo que o roubo impróprio, por ausência de previsão legal, não admite a violência imprópria. Ainda, naquele, a grave ameaça ou a violência é empregada antes ou durante a subtração, enquanto, neste, ambas são utilizadas posteriormente à subtração. Ademais, no primeiro, a grave ameaça ou a violência à pessoa é utilizada com a finalidade de alcançar a subtração da coisa. Em giro diverso, no segundo, a violência à pessoa ou grave ameaça é empregada para assegurar a impunidade do crime ou a detenção do bem.

No § 2° e no § 2°-A do dispositivo em estudo, o legislador pátrio elencou causas de aumento da pena, as quais incidirão na terceira e última fase da dosimetria da reprimenda. Não se afigura tecnicamente correto utilizar a expressão "roubo qualificado" quando presentes majorantes no caso concreto, mas, sim,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"roubo circunstanciado ou agravado ou majorado". Nas palavras de Masson (2018, p. 451):

> Nada obstante, diversos doutrinadores e até mesmo julgados dos Tribunais Superiores utilizam equivocadamente a expressão "roubo qualificado". Não são qualificadoras, pois tais circunstâncias alteram, para maior, os próprios limites da pena em abstrato. De fato, a pena permanece a mesma (reclusão, de 4 a 10 anos, e multa), nela incidindo, no caso concreto, o aumento de um terço até metade. Roubo qualificado, com precisão técnica, encontra-se no § 3° do art. 157 do Código Penal, qualificado pela lesão corporal de natureza grave ou pela morte, denominado nesta última hipótese de latrocínio.

O § 3° do art. 157 do Código Penal, por seu turno, elenca hipóteses que qualificam o roubo, uma vez que há a alteração para maior dos limites mínimo e máximo da figura do roubo simples. Se da violência resultar lesão corporal de natureza grave, a pena em abstrato cominada será de reclusão, de sete a dezoito anos, e multa; caso resulte em morte (latrocínio), reclusão, de vinte a trinta anos, e multa. São aplicáveis, indistintamente, aos roubos próprio e impróprio.

Finalmente, conforme leciona Masson (2018), é vedada a utilização das causas de aumento previstas nos §§ 2° e 2°-A em relação às qualificadoras, uma vez que estas já possuem a pena em abstrato elevada e revestida de especial gravidade, bem como a posição em que aquelas se encontram demonstra a intenção do legislador em não considerá-las para as formas qualificadas do § 3°.

## 3 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI N° 13.654/2018 NO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA

No dia 24 de abril de 2018, foi publicada a Lei n° 13.654, a qual trouxe modificações nos crimes de furto e de roubo, bem como alterações à Lei n° 7.102/83 para impor algumas obrigações às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

O art. 1° da Lei n° 13.654/2018 elenca as alterações efetivadas nos artigos correspondentes aos crimes de furto e de roubo. Em razão da temática abordada no presente artigo, restringir-se-á ao estudo das mudanças estabelecidas em relação ao art. 157, §2°, I, e §2°-A, I, do Código Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O art. 157, § 2°, I, do CP previa o aumento de pena de um terço até metade se a violência ou a ameaça fosse exercida com emprego de arma. O dispositivo legal referia-se genericamente ao emprego de arma, que, para Masson (2018, p. 452), consiste em todo objeto ou instrumento idôneo para ataque ou defesa, uma vez que tem a capacidade para matar ou ferir, podendo, também, ser própria ou imprópria. Consoante Nucci (2019, p. 519):

> Denomina-se arma própria a que é destinada, primordialmente, para ataque ou defesa (ex.: armas de fogo, punhal, espada, lança etc.). Logicamente, muitas outras coisas podem ser usadas como meios de defesa ou de ataque. Nesse caso, são as chamadas armas impróprias (ex.: uma cadeira atirada contra o agressor; um martelo utilizado para matar; uma ferramenta pontiaguda servindo para intimidar).

Igualmente, a jurisprudência possuía interpretação ampla acerca da expressão "arma", sendo nela inseridos a arma de fogo, a arma branca e quaisquer outros artefatos capazes de causar dano à integridade física do ser humano.

Oportuno destacar que a arma branca era pacificamente considerada como causa apta a exasperar a pena na terceira fase da dosimetria. Nesse sentido, segue o entendimento exarado pelo STF e pelo STJ sob a égide da redação anterior do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. **ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA**. PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. **I – Não se mostra necessária a perícia da arma empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que essa qualidade integra a própria natureza do artefato, no caso, um garfo de cozinha, reduzindo a possibilidade de resistência da vítima**. II – Poder de intimidação do utensílio que foi reconhecido pelas instâncias antecedentes, chegando a causar lesões corporais na vítima. III – Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. IV – A majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV – Habeas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> corpus denegado. (STF, HC 107347/MG, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011)
>
> ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA BRANCA NÃO APREENDIDA. A Turma denegou a ordem de *habeas corpus* ao entendimento (já consolidado na jurisprudência) de que, no crime de roubo, quando existem outros elementos comprobatórios que levam a admitir a autoria imputada ao réu, não é necessária a apreensão da arma ou sua perícia para o aumento da pena pelo seu uso, conforme previsto no art. 157, § 2º, I, do CP**. Nas instâncias ordinárias, ficou comprovado que o ora paciente ingressou num vagão de trem armado de um estilete e que, sob ameaça, subtraiu dinheiro e o celular da vítima, a qual depois o reconheceu**. Precedentes citados: HC 96.407-SP, DJ 4/8/2008, e HC 91.294-SP, DJ 23/6/2008. (STJ, HC 127.661/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/5/2009, DJe 08/06/2009).

Com o advento da Lei n° 13.654/2018, houve a revogação do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal e o acréscimo do § 2°-A, I, ao mesmo dispositivo, com a seguinte redação:

> § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)
>
> I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

Destarte, o legislador passou a prever duas novas hipóteses de roubo circunstanciado, possuindo estas patamar fixo de aumento de dois terços. Percebe-se que, agora, o Código Penal não mais menciona "arma", mas, sim, "arma de fogo". Quanto a esta espécie, incide o princípio da continuidade típico-normativa, ou seja, houve apenas a alteração topográfica da majorante, não importando na sua supressão e, consequentemente, não há que se falar em *abolitio criminis*. Ressalte-se, porém, que em respeito ao princípio da anterioridade da lei penal, a nova fração de aumento somente recairá sobre os crimes cometidos a partir da publicação da lei apreciada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A celeuma se apresenta no tocante ao roubo praticado com emprego de arma branca. Pela literalidade do diploma normativo, esta conduta não mais se apresenta como roubo circunstanciado, passando a incidir na figura da cabeça do art. 157, tratando-se, pois, de roubo simples. Por conseguinte, em se apresentando mais benéfica a Lei n° 13.654/2018, impõe o art. 5°, XL, da Constituição Federal de 1988 sua aplicação retroativa para atingir todos os roubos cometidos com emprego de arma branca (*novatio legis in mellius*).

## 4 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4° DA LEI N° 13.654/2018

O art. 4° da Lei n° 13.654/2018, conforme adiantado alhures, revogou expressamente o inciso I do § 2° do art. 157, colocando em seu lugar o inciso I do § 2°-A, que prevê o aumento de dois terços "se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo". Houve, portanto, a modificação da expressão "arma" para "arma de fogo".

Não obstante o alcance maior ou menor da expressão, observa-se que tal inovação legislativa vem ocasionando debates na comunidade jurídica sobre a sua constitucionalidade. Existem duas posições antagônicas no que se refere à observância ou não do devido processo legislativo quando da elaboração da espécie normativa.

Por um lado, levanta-se a inconstitucionalidade formal por descumprimento do processo legislativo. Em giro diverso, há afirmação de que o ato normativo não possui qualquer vício que macule sua existência no ordenamento jurídico.

A seguir serão apresentados os principais argumentos defendidos por cada posição.

### 4.1 Posição pela inconstitucionalidade formal do dispositivo

Os Ministérios Públicos de vários Estados vêm alegando a inconstitucionalidade do art. 4° da Lei n° 13.654/2018, argumentando que existe vício formal em razão da inobservância do devido processo legislativo.

Inicialmente, cumpre esclarecer, resumidamente, como se desenvolve o processo legislativo ordinário, justamente o que deu origem ao ato normativo em estudo. Nas palavras de Novelino (2018, p. 678), compreende três fases: introdutória, voltada à iniciativa do projeto de lei; constitutiva, englobando a discussão, votação, aprovação e sanção; e, complementar, formada pela promulgação e publicação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal de 1988 atribui a certas autoridades e órgãos a iniciativa para apresentar projetos de lei. No que diz respeito à fase constitutiva, ensina o autor (2018):

> A *discussão*, momento de deliberação parlamentar acerca do projeto de lei, ocorre no plenário e nas comissões permanentes, responsáveis por examinar e emitir um parecer técnico acerca da constitucionalidade (Comissão de Constituição e Justiça) e do conteúdo (comissões temáticas) do projeto. A *votação* ocorre, em regra, no plenário de ambas as Casas. [...] Em razão da estrutura bicameral do Congresso Nacional, qualquer alteração substancial feita por uma das Casas deve necessariamente ser analisada pela outra (CF, art. 65, parágrafo único), pois a manifestação legislativa na esfera federal deve ser resultante da conjugação da vontade da Câmara e do Senado.

A fase constitutiva terá fim com a deliberação do Chefe do Poder Executivo, concordando ou não com o projeto de lei. No primeiro caso, haverá a sanção. Na segunda hipótese, o veto. A fase complementar, por sua vez, é composta pela promulgação e pela publicação da lei.

Estabelecidas as diretrizes constitucionais que devem ser observadas pelo Poder Legislativo na tramitação de projetos de lei, insta pontuar os fundamentos pelos quais se defende a inconstitucionalidade formal do dispositivo.

O processo legislativo que culminou com a edição da Lei n° 13.654/2018 teve seu início no âmbito do Senado Federal, mediante o Projeto de Lei do Senado n° 149/2015, de autoria do Senador Otto Alencar. Em sua redação originária, o art. 3° previa expressamente a revogação do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal, conforme consta na página 62 do Diário do Senado Federal, de 25 de março de 2015.

Ao tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) daquela Casa Legislativa, o Senador Antonio Anastasia, Relator da matéria, emitiu relatório em que opinou pela aprovação do referido Projeto de Lei do Senado, permanecendo a previsão de revogação da majorante disciplinada no inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal.

> Trata-se do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 149, de 2015, de autoria do Senador Otto Alencar, que prevê aumento de



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pena para o crime de roubo, quando praticado com emprego de arma de fogo ou quando houver destruição ou rompimento de obstáculo, mediante o emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum. O projeto ainda aumenta o limite máximo da pena do crime de roubo de que resulta lesão corporal grave e revoga, ao final, o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal (CP). [...] Por conseguinte, opinamos pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2015.

Ainda no âmbito da CCJ, foi apresentada uma emenda aditiva de autoria da Senadora Simone Tebet, no intuito de inserir figuras específicas nos crimes de furto e de roubo, com o fito de punir mais severamente aqueles que empregam explosivo ou artefato análogo no crime de furto ou que subtraiam substâncias explosivas no crime de roubo, permanecendo inalterada a revogação do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal.

Quando da 49ª Reunião Ordinária da CCJ, ocorrida no dia 08 de novembro de 2017, a referida Comissão decidiu, em caráter terminativo, pela aprovação do PLS n° 149/2015, com a emenda aditiva supramencionada.

> NA 49ª REUNIÃO ORDINÁRIA, REALIZADA NESTA DATA, DURANTE A DISCUSSÃO DA MATÉRIA, O SENADOR ANTONIO ANASTASIA REFORMULA O RELATÓRIO, ACOLHENDO A EMENDA N° 1 DE AUTORIA DA SENADORA SIMONE TEBET. A COMISSÃO APROVA O PROJETO E A EMENDA N° 1-CCJ.

Na reunião, foi realizada a leitura do relatório, constando expressamente que o PLS n° 149/2015 trazia a revogação do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal. Em seguida, procedeu-se à votação tanto do projeto quanto da emenda aditiva e, uma vez encerrada com a respectiva aprovação de ambos, a Secretaria-Geral da Mesa encaminhou à Coordenação de Redação Legislativa (CORELE) o texto final.

A CORELE é formada por servidores que prestam apoio ao processo legislativo, possuindo, dentre outras atribuições, a de analisar as proposições legislativas prontas para deliberação pelos Plenários do Senado Federal e do Congresso Nacional, no tocante à técnica legislativa; revisar os textos finais das proposições aprovadas terminativamente pelas Comissões, procedendo às adequações necessárias em observância aos preceitos de técnica legislativa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

previstos na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998; e executar atividades correlatas.

Aportando os autos na Câmara dos Deputados, o PLS n° 149/2015 foi transformado no Projeto de Lei n° 9.160/2017, cuja tramitação aconteceu de forma regular.

Com o fito de ampliar o objeto do projeto oriundo do Senado Federal, em votação em Plenário, foi aprovado um Substitutivo ao PL n° 9.160/2017, sendo mantida a revogação do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal.

Em razão da aprovação do Substitutivo, houve a necessidade de retorno ao Senado Federal para aprovação da matéria incluída, em atendimento ao previsto no art. 65, § único, da Constituição Federal de 1988.

Após este trâmite, o projeto de lei foi encaminhado ao Presidente da República, que o sancionou, promulgando-o na Lei n° 13.654, de 23 de abril de 2018.

Analisando a tramitação legislativa, o *Parquet* argumenta que o texto final publicado no Diário do Senado Federal não previu a revogação do art. 157, § 2°, I, do Código Penal, apontando-se uma diferença entre o texto original do PLS n° 149/2015 e o texto final publicado no Diário do Senado Federal. Enquanto naquele constava a revogação do dispositivo, neste não existia a mesma previsão.

Em outras palavras, o Ministério Público alega que a revogação do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal fora retirada pelos Senadores na CCJ e, posteriormente, reinserida no projeto pela CORELE, mas sem que esta reinserção tenha sido previamente aprovada pelos parlamentares. Logo, segundo esta posição, a CORELE usurpou de sua competência ao inserir no PLS n° 149/2015 a previsão da revogação do dispositivo mencionado.

À vista disso, defende-se que o texto do dispositivo que culminou na redação do art. 4° da Lei n° 13.654/2018 entremostra-se viciado por afronta ao devido processo legislativo, porquanto a matéria não foi efetivamente discutida e votada no âmbito do Senado Federal, violando o sistema bicameral previsto no art. 65 da Constituição Federal de 1988.

De acordo com Moraes (2014, p. 661),

> O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pelo controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.

Alguns Ministérios Públicos têm recomendado aos Promotores de Justiça que suscitem a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 4° da Lei n° 13.654/2018 a fim de que o emprego de arma branca continue sendo considerado como causa de aumento do crime de roubo.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do Aviso n° 162/2018 da Procuradoria-Geral de Justiça, recomendou, sem caráter normativo, aos órgãos do Ministério Público, que provocassem o Poder Judiciário no sentido de declarar, no controle difuso incidental, a inconstitucionalidade formal da supressão do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal, por afronta ao devido processo legislativo, já que não aprovada pelo Congresso Nacional.

No mesmo sentido, o Ministério Público do Estado de Pernambuco, por intermédio do Procurador-Geral de Justiça, exarou a Recomendação n° 004/2018, recomendando, sem caráter normativo, aos Promotores de Justiça que, na análise de procedimento investigatório a seu cargo, em ocorrendo a hipótese de roubo com emprego de arma em sentido impróprio, promovam o oferecimento de denúncia com amparo no art. 157, § 2°, I, do Código Penal, mediante a solicitação ao Poder Judiciário para declaração, no controle difuso incidental, da inconstitucionalidade formal da supressão do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal, por afronta ao devido processo legislativo, já que não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Igualmente, o Ministério Público do Espírito Santo, emitiu a Nota Técnica n° 01/2018 pela inconstitucionalidade formal da Lei n° 13.654/2018, recomendando, sem caráter normativo e ressalvada a independência funcional, aos órgãos do Ministério Público que, no desempenho de suas funções, provoquem o Poder Judiciário, pela via do controle difuso incidental, para que seja declarada a inconstitucionalidade formal da supressão do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, por violação ao artigo 65 da Constituição Federal, consistente em desrespeito ao devido processo legislativo, uma vez que não aprovada aludida supressão pelo Congresso Nacional.

Indo ao encontro do posicionamento explanado, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a inconstitucionalidade formal do art. 4° da Lei n° 13.654/2018, suspendendo o julgamento do mérito do recurso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interposto e determinando a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao Órgão Especial:

> ROUBO SIMPLES IMPRÓPRIO TENTADO – APELAÇÃO – Pleito Ministerial de reconhecimento da causa de aumento do emprego de arma (branca) – Superveniência da Lei posterior extirpando o inciso I do §2º do art. 157 do CP – RECONHECIDA a inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018 – SUSPENSO o julgamento do mérito do recurso e DETERMINAÇÃO da instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao Órgão Especial para apreciação, nos termos do art. 193 e seguintes do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. (TJSP, Apelação Criminal com Revisão 0022570-34.2017.8.26.0050, Rel. Desembargador EDISON BRANDÃO, 4ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 8/5/2018).

No âmbito do Tribunal de Justiça de Goiás, a juíza da 10ª Vara Criminal de Goiânia, ao sentenciar o agente pela prática do crime de roubo com emprego de faca, declarou a inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.654/2018. Compreendeu a magistrada que a alteração legislativa não foi deliberada pelo Congresso Nacional, tendo havido erro de interpretação pela CORELE. Ademais, aduziu que a intenção do legislador era punir mais severamente o delito de roubo, prevendo uma majorante para o emprego de arma branca e outra para o uso de arma de fogo.

Vê-se, portanto, que os Ministérios Públicos combatem com veemência a novidade legislativa, provocando o Poder Judiciário, que, de maneira tímida, vem reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade formal do art. 4° da Lei n° 13.654/2018.

### 4.2 Posição pela constitucionalidade formal do dispositivo

Em posição contrária, firmou-se o entendimento de que o processo legislativo se desenvolveu sem qualquer vício, inexistindo a pecha da inconstitucionalidade formal.

Perfazendo o exato caminho desde a apresentação do Projeto de Lei do Senado n° 149/2015, passando pela discussão e votação naquela Casa Legislativa, até o envio da matéria para a Câmara dos Deputados, que passou a se chamar Projeto de Lei n° 9.160/2017, e a consequente discussão e votação do texto

normativo, esta posição assevera que a Lei n° 13.654/2018 é constitucional em sua integralidade.

Alguns Defensores Públicos estão sustentando que o estudo do processo legislativo que culminou na lei em destaque permite concluir que este correu de maneira correta, tendo sempre sido prevista a revogação do inciso I do § 2° do art. 157 do Código Penal e inexistindo a modificação apontada no âmbito da CORELE.

Existe, também, o argumento de que, em que pese possa ter havido um equívoco na publicação do PLS n° 149/2015 no Diário do Senado Federal ao não guardar fidelidade com o que fora aprovado na CCJ, tal fato deve ser considerado como uma mera irregularidade, não possuindo o condão de macular o processo legislativo. Segue-se, pois, idêntica postura pela completa validade da norma legal.

Ainda, é aduzido que o objetivo do legislador sempre foi o de extirpar do ordenamento jurídico a majorante do emprego da arma branca, tendo isso sido alcançado com a publicação da Lei n° 13.654/2018.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 4ª Câmara Criminal (mencionado no tópico anterior), entendeu que mero erro de publicação não é apto a viciar uma norma e decidiu que a Lei n° 13.654/2018 é constitucional.

Em julgamento por maioria, o Órgão Especial seguiu o voto proferido pelo Desembargador Alex Zilenovski, o qual afirmou que os responsáveis pela publicação do Diário do Senado Federal cometeram um erro e isso, por si só, não macula a espécie normativa.

> Incidente de Inconstitucionalidade. Súmula Vinculante 10. Cláusula de Reserva de Plenário. Art. 97 da Constituição Federal. Artigos 948 e s. do NCPC. Artigos 193 e 194 do RITJSP. Alegada inconstitucionalidade formal do artigo 4º da Lei 13.654/2018, que excluiu a causa de aumento da pena para o crime de roubo com o emprego de arma que não seja arma de fogo. Vício do devido processo legislativo inocorrente. Mera irregularidade na publicação errônea da votação terminativa da CCJ do Senado que aprovou o projeto e a emenda aditiva. Correção feita pela CORELE – somando o projeto original e a emenda aditiva 1, constando a revogação aprovada pela CCJ – sanando o erro da publicação. Inocorrência de demonstração de abuso ante as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> circunstâncias do caso concreto. A Corte Suprema prestigia as soluções intestinas de controle do processo legislativo, evitando imiscuir-se, o quanto possível, no processo, deixando aos próprios parlamentares a solução das vicissitudes havidas no tramitar legislativo. Impera o princípio geral *pas de nulitté sans grief*. Opção legislativa que há de ser respeitada. Observância ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. Incidente improcedente. Arguição rejeitada. (TJSP, Processo 0017882-48.2018.8.26.0000, Declaração de Voto Divergente n° 22.824, Voto do Desembargador ALEX ZILENOVSKI, Órgão Especial. Data de julgamento: 5/9/2018).

Em seu voto, o julgador ressaltou que inexiste notícia de Senador da República que tenha questionado a integridade do processo legislativo, não restando evidenciado qualquer abuso. Enfatizou que o Supremo Tribunal Federal prestigia as soluções alcançadas internamente pelo próprio Poder Legislativo, exemplificando com a legitimidade única do parlamentar para impetrar mandado de segurança a fim de proteger seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo hígido.

Igualmente, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, é possível encontrar decisões afastando a aplicação da majorante no curso da execução penal. Os magistrados atenderam ao pedido da Defensoria Pública e, aplicando a *novatio legis in mellius*, modificaram as sentenças condenatórias anteriormente proferidas para recálculo das respectivas penas.

No mesmo sentido, a 3ª Câmara Criminal do retromencionado Tribunal entendeu pela constitucionalidade do dispositivo em estudo, excluindo, de ofício, a causa de aumento do emprego de arma branca:

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **ROUBOS MAJORADOS PELO EMPREGO DE ARMA** E PELO CONCURSO DE AGENTES EM CONCURSO FORMAL. CORRUPÇÃO DE MENOR. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO AUMENTO DA PENA EM RAZÃO DO CONCURSO FORMAL PARA A FRAÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. CINCO VÍTIMAS INDIVIDUALIZADAS. AUMENTO DE 1/3 DA PENA CORRETAMENTE REALIZADO NA SENTENÇA. **EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA CAUSA DE**

**AUMENTO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA. ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 13.654/2018. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELOS CRIMES DE ROUBO REALIZADO DE OFÍCIO**. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...]

5 – A recente Lei Federal nº 13.654/2018, de 23 de abril de 2018, revogou o inciso I do §2º do art. 157 do CP, que previa a causa de aumento de pena referente ao emprego de "arma branca".

6 – A lei penal mais benéfica é retroativa, nos termos do art. 5º da CF/88, que dispõe que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

7 – No caso, deve ser excluída, de ofício, a majorante do emprego de arma branca, devendo ser mantida a atinente ao concurso de pessoas.

8 – Na terceira fase da dosimetria, com a exclusão da majorante do emprego de arma branca, tendo em vista a permanência da causa de aumento atinente ao concurso de pessoas, deverá ser reduzida a fração do aumento de pena para 1/3 (um terço), que é o mínimo legal previsto.

9 – Recurso conhecido e desprovido. Sentença reformada de ofício.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, nesta Comarca de Fortaleza, em que são partes as pessoas indicadas. ACORDAM os membros integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso interposto, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mas, de ofício, excluir a majorante relativa ao emprego de arma branca e redimensionar a pena privativa de liberdade quanto aos crimes de roubo, mantidas as demais disposições da sentença, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 19 de junho de 2018. DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA Presidente do Órgão Julgador –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Relator DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA Relator (TJCE, Processo n° 0212210-40.2012.8.06.0001, Relator(a): JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 13ª Vara Criminal; Data do julgamento: 19/06/2018; Data de registro: 19/06/2018)

O Supremo Tribunal Federal ainda não possui qualquer decisão sobre o tema. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, sem enfrentar a discussão sobre eventual inconstitucionalidade formal, aplicou a atual redação do art. 157 do Código Penal ao caso concreto sob análise e declarou que houve *abolitio criminis* no tocante à causa de aumento pelo emprego de arma branca:

> RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO. ROUBO CONSUMADO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.
>
> [...]
>
> 5. Extrai-se dos autos, ainda, que o delito foi praticado com emprego de arma branca, situação não mais abrangida pela majorante do roubo, cujo dispositivo de regência foi recentemente modificado pela Lei n. 13.654/2018, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.
>
> 6. Diante da *abolitio criminis* promovida pela lei mencionada e tendo em vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, de rigor a aplicação da *novatio legis in mellius*, excluindo-se a causa de aumento do cálculo dosimétrico.
>
> 7. Recurso provido para reconhecer a forma consumada do delito de roubo, com a concessão de ordem de habeas corpus de ofício para readequação da pena. (STJ, REsp 1519860/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018).

Vislumbra-se, por conseguinte, que esta posição assevera com firmeza a constitucionalidade do art. 4° da Lei n° 13.654/2018, afastando a possibilidade de existência de mácula ao longo do trâmite processual legislativo. E, nesse sentido,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

algumas decisões judiciais de primeiro e segundo graus já estão aplicando retroativamente a revogação, bem como o Superior Tribunal de Justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Ao ser publicada uma lei, naturalmente há a repercussão na comunidade jurídica, nascendo posições, por vezes divergentes, sobre aspectos relacionados ao estabelecido pelo legislador e, consequentemente, enriquecendo o panorama jurídico.

A Lei n° 13.654/2018 trata de tema sensível, uma vez que, dentre outras, trouxe alterações ao texto do Código Penal no que se refere ao delito de roubo, o qual vem constantemente sendo noticiado pelos veículos de comunicação por ser realidade em todos os Estados brasileiros. Tal circunstância contribui para acirrar os debates em torno desse diploma normativo, que excluiu a majorante do emprego de arma branca.

No âmbito processual penal, foi possível demonstrar, nas linhas anteriores, a disputa que está travada entre acusação e defesa. Aquela argumenta a inconstitucionalidade formal da revogação, recorrendo ao Poder Judiciário para que a afaste. Em giro diverso, esta sustenta a constitucionalidade do dispositivo, pugnando pela sua aplicação retroativa em benefício de réus já sentenciados ou até definitivamente condenados.

O Poder Judiciário ainda se mostra inconstante na apreciação da questão, por vezes opinando pela inconstitucionalidade formal do art. 4° da Lei n° 13.654/2018 e, em outras oportunidades, aplicando-o retroativamente.

No âmbito dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça já sinalizou no sentido de que a norma deve ser considerada tal qual publicada, incidindo para casos anteriores à sua vigência. Contudo, ainda não existe uma decisão vinculante, situação que abre margem para que juízes e Tribunais decidam conforme o livre e motivado entendimento sobre o tema.

Por fim, não se pode esquecer que a lei, uma vez perfectibilizado seu processo de elaboração, nasce com a presunção de que obedeceu ao devido processo legislativo e aos preceitos constitucionais, sendo, dessa maneira, considerada constitucional até que sobrevenha decisão judicial em sentido contrário ou que o próprio Poder Legislativo a afaste do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 dez. 2019.

_____. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 09 dez. 2019

_____. Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2019.

_____. Lei n° 13.654, de 23 de abril de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave; e altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, para obrigar instituições que disponibilizem caixas eletrônicos a instalar equipamentos que inutilizem cédulas de moeda corrente. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm>. Acesso em 09 dez. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Tramitação do Projeto de Lei n° 9.160/2017**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2163149>. Acesso em 10 dez. 2019.

_____. Senado Federal. **Coordenação de Redação Legislativa**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/estrutura/orgaosenado?codorgao=8943>. Acesso em 09 dez. 2019.

_____. Senado Federal. **Tramitação do Projeto de Lei do Senado n° 149, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120274>. Acesso em 09 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça**.** HC 127.661/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/05/2009, DJe 08/06/2009. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900200587&dt_publicacao=08/06/2009 >. Acesso em 09 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça**.** REsp 1519860/**RJ**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/05/2018 DJe 25/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500555040&dt_publicacao=25/05/2018>. Acesso em 10 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 107347/MG**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1223073>. Acesso em 09 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 92.430/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 28/08/2008, DJe 21/11/2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=563369>. Acesso em 09 dez. 2019.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Processo n° 0797545-96.2014.8.06.0001**. Juíza Luciana Teixeira de Souza, 2ª Vara de Execução Penal. Data de julgamento: 13/08/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ce-execucao-pena-majorante.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Processo n° 0776183-38.2014.8.06.0001**. Juiz Cézar Belmino Barbosa Evangelista Júnior, 3ª Vara de Execução Penal. Data de julgamento: 09/07/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-ce-execucao-pena-majorante.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Processo n° 0212210-40.2012.8.06.0001**. Relator(a): José Tarcílio Souza da Silva, 3ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 19/06/2018. Data do registro: 19/06/2018. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=2F4528ADFF738AD86BE6C2663D27C72C.cjsg2>. Acesso em 10 dez. 2019.

ESPÍRITO SANTO. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. **Nota Técnica n° 01/2018**. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/358cad6d-cd24-4ee9-8762-11333a723cf5.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **É inconstitucional lei que exclui a causa de aumento de pena em roubos com emprego de arma branca**. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/124-destaque1/1722-e-inconstitucional-lei-que-exclui-a-causa-de-aumento-de-pena-em-roubos-com-emprego-de-arma-branca>. Acesso em 10 dez. 2019.

PERNAMBUCO. Ministério Público do Estado de Pernambuco. **Recomendação n° 004/2018**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CAO_Criminal/MP%20PE.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Aviso n° 162/2018 – PGJ, de 03 de maio de 2018**. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/avisos/162-aviso%202018.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal com Revisão 0022570-34.2017.8.26.0050**. Rel. Desembargador Edison Brandão, 4ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 8/5/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180510-11.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n° 0017882-48.2018.8.26.0000, Declaração de Voto Divergente n° 22.824**. Voto do Desembargador Alex Zilenovski, Órgão Especial. Data de julgamento: 5/9/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-divergente-tj-sp-roubo-arma-branca.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

ALVIM, Victor Lucas, ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. **Consultor Jurídico**. Roubo majorado e a inconstitucionalidade formal do artigo 4° da Lei 13.654/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-09/opiniao-roubo-majorado-polemico-artigo-lei-136542018#_ftn1>. Acesso em 10 dez. 2019.

FABRIS NETO, Leandro, VEIGA, Alessa Pagan. **Consultor Jurídico**. Da constitucionalidade formal da Lei n° 13.654/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-08/constitucionalidade-formal-lei-136542018>. Acesso em 10 dez. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212.** 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# UMA ANÁLISE DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES SOB A ÓTICA DE JOÃO MAURÍCIO ADEODATO E DA DECISÃO JUDICIAL

**CARIEL BEZERRA PATRIOTA:** Graduado em Direito pela UFPE. Pós-graduação em Processo Penal pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM; Pós-graduando em Direito Constitucional e em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única.

**RESUMO**: O presente artigo visa a analisar o texto "Adeus à separação de Poderes?" de João Maurício Adeodato.

**Palavras-chave**s: Constituição Política. João Maurício Adeodato. Análise. Separação de Poderes.

**SUMÁRIO**: 1. INTRODUÇÃO. 2. SEPARAÇÃO DE PODERES POR MONTESQUIEU. 3. O JUDICIÁRIO SEGUNDO A SEPARAÇÃO DE PODERES. 4. POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO. 4.1. TEORIAS DA ÚNICA DECISÃO CORRETA. 4.2. TEORIAS DA MOLDURA. 4.3. TEORIAS REALISTAS. 5. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA. BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se volta à análise do texto "Adeus à separação de Poderes?" de João Maurício Adeodato.

## 2. SEPARAÇÃO DE PODERES POR MONTESQUIEU

A teoria dos poderes, conhecida como separação dos poderes ou equipotência, estabelecia, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. Essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder.

O poder legislativo faz as leis, assim como aperfeiçoa ou ab-roga as já feitas. Com o poder executivo, ocupa-se o magistrado da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões. O poder judiciário dá ao magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os conflitos da ordem civil.

No entanto, Montesquieu ressalta a interpenetração de funções judiciárias, legislativas e executivas, uma vez que a separação total é desnecessária e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inconveniente. A equivalência dos poderes também é negada implicitamente por ele ao afirmar que o judiciário é um poder nulo. A separação de poderes da teoria de Montesquieu teria, portanto, outra significação.

"Trata-se de encontrar uma instância independente capaz de moderar o poder do rei (executivo). É um problema político, de correlação de forças, e não um problema jurídico-administrativo, de organização de funções. [...] seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderasse o poder dos demais"[1].

Montesquieu afirma que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo. Para que não se possa abusar desse poder, é necessário organizar a sociedade política de forma a limitar o poder pelo poder.

Kant estabeleceu um silogismo da ordem estatal em que o legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo a premissa menor e o judiciário, a conclusão.

## 3. O JUDICIÁRIO SEGUNDO A SEPARAÇÃO DE PODERES

Na Constituição brasileira, a separação de poderes é uma cláusula pétrea. O advento dessa separação ocorreu durante o constitucionalismo liberal, que defendia os direitos fundamentais de primeira geração e acreditava na "mão invisível" do mercado, além do otimismo quanto às possibilidades da razão.

Segundo a separação de poderes, o judiciário deve aplicar a lei, ligando a norma geral posta pelo legislativo ou executivo ao conflito concreto. O judiciário deve manter a neutralidade ética e um domínio técnico diante da lei, sendo descarregado de responsabilidades políticas. Atualmente, correntes como o ativismo judicial e a hermenêutica filosófica propõem uma politização do judiciário, o qual é criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos.

## 4. POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

No final do século XVIII surge a escola positivista *École d'Exégèse* francesa, a qual defende que a generalidade é um elemento essencial da norma jurídica, cabendo ao juiz apenas o papel de *bouche de la loi*, uma vez que a clareza da lei não prescinde de interpretação. Dessa forma, o legislativo fica responsável pela elaboração das leis, o que lhe atribui um grande peso.Já no século XX, ocorreu uma evolução conduzida pela crescente complexidade das sociedades modernas. Müller

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

afirma que a norma é criada somente diante do caso individual, e que a generalidade é uma característica do texto, não da norma.

A crescente complexidade social aumenta a imprecisão do discurso, tornando instável o modo como a instância decisória dirá o direito e como o texto genérico positivado interferirá na decisão concreta futura. As características evolutivas da separação de poderes são agrupadas em três grupos, e até hoje existem juristas do direito ligados a cada uma dessas correntes.

**4.1. TEORIAS DA ÚNICA DECISÃO CORRETA**

A antropologia iluminista, através de uma visão silogística, afirma que todo juiz ética e tecnicamente decidirá da mesma maneira: a aplicação do direito está pré-determinada por valores-fins, escolhidos pela legislação.

Uma democracia mais pragmática se desenvolve, pelo princípio de maioria, realizado através do sufrágio, assumindo a formalização procedimentalista do direito que vai caracterizar todo o positivismo: justo é aquilo que a lei diz que o é.

Para os seguidores dessa corrente, interpretar consiste apenas em aplicar a lei ao fato, pois o conceito de norma jurídica é identificado com o de lei. Os aplicadores do direito apenas o reconhecem, jamais criam direito. Não se distingue significante (lei) de significado (norma). As decisões administrativas e sentenças são meras aplicações da lei, uma vez que a lei tem sentido e alcance claros e distintos, os quais podem ser notados por qualquer intérprete.

Eles reduzem o problema da hermenêutica apenas a adequar a norma e o fato. Essa visão leva à convicção de que cada caso concreto pode ser considerado como aplicação de uma lei a um texto legal e só admite uma decisão propriamente justa e correta. Também defendem que o judiciário só deve agir se provocado e deve restringir-se ao caso concreto.

A Escola Histórica, a da Livre Investigação Científica, a do Direito Livre e outras criticam o legalismo exegético, defendendo que há normas jurídicas individuais e que a sentença cria direito novo. Essa concepção enfraquece a separação de poderes.

4.2. TEORIAS DA MOLDURA

Os positivistas mais críticos advogam a tese do texto da lei como “moldura” das decisões, considerando intransponível a necessidade de interpretação. Um conflito concreto teria algumas possíveis decisões diferentes, todas igualmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

adequadas, dentro da abrangência dos textos aplicáveis. No contexto político, não só a separação de poderes como o princípio da maioria devem ser mitigados para evitar a constante revisão de decisões já tomadas.

A metodologia é dedutiva: vê no direito uma ciência cujo ato de conhecimento provém da compreensão dialética entre a norma e o fato. A norma forma uma moldura em relação às decisões adequadas. Nesse momento entra o poder discricionário do decididor.

A aplicação do direito procedimentaliza-se e a lógica das normas passa a ser hipotética, o que apóia uma menor literalidade e uma maior importância às condições concretas de cada caso. Os normativistas reconhecem que o juiz cria direito. Assim, a generalidade deixa de ser essencial à norma jurídica e a sentença é reconhecida como forma de expressão e criação do direito positivo.

A imagem da estrutura hierárquica e piramidal do ordenamento jurídico revela que toda norma jurídica é aplicação, em vista das normas que lhe são superiores no sistema, e é criação, em relação às normas inferiores.

Para os positivistas, o procedimento são as regras de controle que estão postas; os pós-positivistas acreditam em um procedimento superior, ditado pela razão ou pela evolução histórica, independente de positivação. Em outros termos, o procedimento está positivado: dogmaticamente, para os positivistas normativistas, ou não, para os positivistas sociologistas; para outros, o procedimento é válido por si mesmo, racional.

### 4.3. TEORIAS REALISTAS

Para os realistas, o conhecimento se dá na intersubjetividade, depende de um controle público da linguagem, o que envolve fatores de poder. O ceticismo e o relativismo estão presentes no conhecimento preciso dos fatos e dos direitos, o caráter arbitrário da decisão é acentuado.

A interpretação do direito é feita pelo processo indutivo e a decisão não ocorre de maneira geral. O juiz decide primeiro para depois procurar no sistema o fundamento textual da sua decisão. Dessa forma, toda norma jurídica é individual: a lei é apenas um dado de entrada para construção da norma diante do caso concreto. A decisão é casuística, individual e irracional, para os mais extremados. Não há decisão correta, há decisão efetiva. O realismo diminui a importância do legislador e exacerba a função do judicante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As fontes do direito são expressões lingüísticas da norma, podendo ser orais, pictóricas, gestuais, como qualquer comunicação. A norma é o significado, uma idéia de sentido; suas fontes de expressão são significantes.

## 5. CONCLUSÃO

Essas teorias demonstram a insegurança jurídica, colocando em dúvida a eficácia da separação de poderes. A validade e a generalidade passam a ser atributos do texto, e não da norma. No centro da problemática hermenêutica do direito estão seus paradigmas de racionalidade, as tentativas de estabelecer limites, o problema do critério.

O juiz deixa de ser considerado neutro; os direitos não têm mais caráter meramente declaratório e de respeito passivo, exigindo intervenção para serem realizados. Dessa forma, o judiciário também assume um papel político. A progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário tornam obsoleta a tradicional separação de poderes.

"O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda"[2].

Em um ordenamento jurídico já sobrecarregado, sobrecarrega-se também a atividade criadora do julgador e seu poder discricionário aumenta. Mas esse crescimento de seu papel não significa que o judiciário consiga administrar essa sobrecarga. A ineficácia judicial conduz a uma crise de legitimação do judiciário. Críticas e debates ao modelo de escolha e nomeação de juízes culminam na tese do controle externo do judiciário. No entanto, a sociedade civil merece um controle tanto dos magistrados e tribunais como do executivo e do legislativo, tentando manter a força retórica da separação de poderes.

## BIBLIOGRAFIA PRIMÁRIA

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? *In* ADEODATO. João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA**

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 11ª Ed. São Paulo: Ática, 1999. Vol. 1

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

---

[1] WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 11ª Ed. São Paulo: Ática, 1999. Vol. 1. Pp. 119-120.

[2] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. (Sem nota).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.654/2018 AOS CRIMES DE ROUBO E FURTO

**JOSELIA GOMES DO CARMO:** Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2012), graduada em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco (2010). Ex- Professora Auxiliar do quadro efetivo da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2015-2019 ). Atualmente è professora cursos preparatórios para concursos públicos e exame da OAB. Professora Temporária da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2012-2014).Foi Advogada inscrita nos quadros da OAB/MS desde 2012-2019. Ex-Soldado da Polícia Militar (PMMS).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**RESUMO**: Trata-se de artigo científico que tem como objetivo abordar as consequências trazidas pela lei n. 13.654/2018 ao Código Penal Brasileiro atual. A sociedade está em constante evolução, e, assim como ela, as leis também devem ser atualizadas. Considerando as demandas sociais e jurídicas existentes frente a uma legislação já ultrapassada no que se refere aos delitos de roubo e furto, o poder legislativo editou a lei em estudo, promulgada pelo então Presidente da República Michel Temer em 23 de abril de 2018. Assim, o presente artigo será útil para orientar uma análise mais aguçada acerca da aplicabilidade dessas alterações legislativas, a partir de uma comparação com a redação anterior dos artigos 155 e 157, ambos do Código Penal Brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** roubo. furto. inovações legislativas. crimes contra o patrimônio. lei 13.654/2018. código penal.

**SUMÁRIO**: 1. Introdução 2. Alterações aplicadas ao crime de furto 2.1 Furto qualificado pelo uso de substância explosiva 2.2 Furto qualificado pela subtração de substância explosiva 3. Alterações aplicadas ao crime de roubo 3.1 Causas de aumento previstas no §2º do artigo 157 do Código Penal. 3.2 Causas de aumento previstas no §2º-A do artigo 157 do Código Penal . 3.3 Qualificadoras do crime de roubo. 4. Considerações finais. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1.Introdução

No dia 23 de abril de 2018 foi promulgada a lei n. 13.654, pelo então presidente da República Michel temer, publicada no dia subsequente e com vigência imediata. Essa lei alterou alguns dispositivos do Código Penal (CP), mais especificamente alguns tópicos dos crimes contra o patrimônio: roubo e furto.

Assim, abordaremos as implicações práticas que essa recente lei trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro.

**2.Alterações aplicadas ao crime de furto**

O artigo 155, do Código Penal, trazia em seus parágrafos 06 (seis) variações de aplicação ao delito de furto, dentre elas causas de aumento, de diminuição e qualificadoras:

> Furto
>
> Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.
>
> § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.
>
> § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.
>
> Furto qualificado
>
> § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:
>
> I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
>
> II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
>
> III - com emprego de chave falsa;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.
>
> § 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.
>
> § 6o A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

Contudo, a lei n. 13.654/2018 acrescentou duas hipóteses qualificadoras da conduta de *subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.* Ambas as hipóteses estão relacionadas a substâncias explosivas: a primeira delas relacionada ao uso de explosivo ou artefato análogo e a última se aplica quando o objeto do furto é a própria substância explosiva ou seus acessórios.

Vamos estudar mais profundamente cada uma delas.

**2.1Furto qualificado pelo uso de substância explosiva**

A primeira inovação legislativa a ser tratada está prevista hoje no art. 155, §4º-A, do Código Penal. Foi amplamente motivada pela necessidade social de se prever uma punição mais gravosa a furtos realizados a caixas eletrônicos em agências bancárias ou estabelecimentos comerciais, bem como para dirimir qualquer controvérsia jurisprudencial existente.

Não havia consenso acerca de como seria a tipificação desse tipo de conduta. Parte da doutrina defendia a aplicação do crime furto simples ou qualificado (art. 155, do CP) em concurso com o crime de explosão (art. 251, do CP). Por outro lado, havia quem defendesse que se tratava de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, pois aplicável o princípio da consunção.

Assim, a divergência foi resolvida pelo legislador, que:

> "(...) optou pela aplicação do princípio da consunção (§4º-A do artigo 155 do Código Penal), fazendo com que o crime-meio (explosão) restasse absorvido pelo crime-fim (furto). Portanto, a partir da vigência da lei nº 13.654/18 (24/04/2018), o agente responde por um só crime (furto qualificado)". (SALIM; DE AZEVEDO, 2018, p. 277).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A redação do novo dispositivo ficou assim: "Art. 155 (...) § 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.".

Sobre a definição de explosivo, o Decreto n. 10.030/2019 diz que é "tipo de matéria que, quando iniciada, sofre decomposição muito rápida, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão."

Assim, comparando a aplicação do *§4º-A* do artigo 155 do código penal, com o que vinha sendo reconhecido pelos tribunais, tem-se que, a depender do caso, estaremos diante de *novatio legis in melius* ou *in pejus*. Logo, deverá ser analisado caso a caso para se definir pela retroatividade ou não desse instituto, em obediência ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

**2.2 Furto qualificado pela subtração de substância explosiva**

Esta qualificadora se difere da anterior, já que, aqui temos a aplicação quando a *res furtiva* é substância explosiva, ou é acessório que possibilite sua fabricação, montagem ou emprego. Ou seja, ocorre quando alguém furta um artefato explosivo ou que possa ser usado para construir ou montar um explosivo.

Sobre a redação do art. 155, §7º do CP, ficou assim:

> Art. 155 (...)
>
> § 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Segundo Cleber Masson, substância explosiva "é aquela capaz de provocar detonação, estrondo, em razão da decomposição química associada ao violento deslocamento de gases." (MASSON, 2014, p. 685).

Por fim, quanto a pena em abstrato, é idêntica àquela aplicada ao §4º-A: de 04 a 10 anos de reclusão, e multa. Assim, não se aplica aos delitos ocorridos antes da vigência da lei, que inicia em 24 de abril de 2018, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal.

**3.Alterações aplicadas ao crime de roubo**

A lei n. 13.654/2018 alterou, também, alguns aspectos sobre o crime de roubo, mais especificamente algumas majorantes e qualificadoras. Aqui temos as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alterações mais significativas e que geraram mais complexidade para sua aplicação no dia a dia dos tribunais.

### 3.1Causas de aumento previstas no §2º do artigo 157 do Código Penal

Inicialmente, cumpre tratar sobre as alterações do parágrafo segundo do artigo 157 do código penal. Antes da alteração legislativa, nesse parágrafo eram previstas cinco hipóteses de causas de aumento de pena para o crime de roubo, com aumento variando de um terço até metade:

> Art. 157 (...)
>
> § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:
>
> I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;
>
> II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;
>
> III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.
>
> IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;
>
> V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

O que ocorreu com a vigência da lei n. 13.654/2018 foi a revogação do inciso I, e acréscimo de mais uma hipótese de aumento de pena, para o caso de roubo de substância explosiva ou artefatos que possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

A redação do inciso VI, do artigo 157, ficou praticamente idêntica à qualificadora prevista no §7º, do artigo 155, tratada do tópico 2.2. Vejamos:

> Art. 157 (...)
>
> VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ou seja, aqui temos novamente um tratamento diferenciado conferido pelo legislador para os casos em que a *res furtiva* é objeto explosivo, ou que possibilite sua fabricação. Contudo, diferentemente do caso do furto, em que é uma qualificadora, no crime de roubo temos a previsão como uma causa de aumento de pena, que variará de 1/3 até ½.

Quanto à revogação do inciso I do §2º do artigo 157 do código penal, foi o que gerou mais polêmica no mundo jurídico. Importante esclarecer que não houve *abolitio criminis* completa para o caso, mas a conduta passou a ser tipificada em um novo parágrafo, com um *quantum* de aumento de pena maior e fixo, e com uma redação mais limitadora.

Trata-se do §2º-A do artigo 157 do código penal, que será abordado a seguir.

**3.2Causas de aumento previstas no §2º-A do artigo 157 do Código Penal**

A principal novidade legislativa se encontra no art. 157, §2º-A, do Código Penal, que conta com a seguinte redação:

> Art. 157 (...)
>
> § 2º-A  A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):
>
> I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;
>
> II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

O conceito de arma de fogo atualmente é previsto no anexo III, do Decreto n. 10.030/2019:

> Arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.

Analisando o inciso I do referido artigo, comparado à sua antiga redação no parágrafo anterior, percebe-se que aqui o legislador fala expressamente acerca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do uso de arma de fogo. Logo, essa majorante se aplica para o caso de roubo em que a violência ou grave ameaça seja exercida com esse tipo específico de arma. Ou seja, trata-se de continuidade normativo-típica para o caso em uso de arma de fogo, já que prevista em um novo parágrafo.

A redação anterior, quando a conduta estava prevista no revogado art. 157, §2º, I, do CP era: "se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma". Assim, a jurisprudência entendia que o conceito de arma era amplo, abarcando tanto as armas brancas ou impróprias, como facas, canivete, quanto as armas de fogo, como armas propriamente ditas. (SALIM; DE AZEVEDO, 2018)

Portanto, quando a violência ou grave ameaça que tipificam o roubo era exercida com o uso de uma garrafa de vidro quebrada, ou uma faca, por exemplo, aplicava-se a causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2º, I, do Código Penal, que levava a uma majoração da pena de 1/3 até ½.

Contudo, com a atual redação do art. 157, §2º-A, I, do Código Penal, o legislador deixou expresso que essa arma apta a configurar a majorante do delito de roubo deve ser a arma de fogo. Assim, quando essa violência ou grave ameaça é exercida com emprego de outro tipo de arma, não se admite mais a aplicação de nenhuma causa de aumento, sendo enquadrado apenas como roubo simples, previsto no *caput* do artigo 157 do código penal.

E qual a implicação prática disso? Quando se trata de roubo exercido com emprego de arma de fogo, a única alteração é que o *quantum* de aumento de pena passou a ser fixo em 2/3, e não mais a variar de 1/3 a 1/2, como anteriormente. Sobre os delitos cometidos antes da vigência da nova norma, nada se altera, uma vez que estamos diante de *novatio legis in pejus*, e, portanto, não há retroatividade.

Agora, quando se fala em roubo exercido com emprego de qualquer outro tipo de arma, diferente de arma de fogo, há diferença. Para os delitos cometidos a partir de 24 de abril de 2018, não incide mais nenhuma causa de aumento, recaindo a conduta no art. 157, *caput*, do código penal, ou seja, roubo simples. O que não dispensa que o emprego de arma branca seja usado com circunstância judicial para justificar o aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria. (SALIM; DE AZEVEDO, 2018)

Ponto relevante quanto aos delitos de roubo praticados com uso de arma branca ou imprópria, e antes de 24 de abril de 2018, é que deverá ser aplicado o instituto da retroatividade da lei penal mais benéfica. Ou seja, passa a ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desconsiderada a majorante anterior, devendo as condutas recaírem no roubo simples também, já que estamos diante de *novatio legis in melius* para esses casos.

Assim, todos aqueles que foram condenados por roubo majorado pelo uso de arma (art. 157, §2º, I, do CP), quando essa arma não for arma de fogo, têm direito à revisão de sua pena, o que poderá ser pleiteado perante o juízo da execução penal, conforme Súmula 611, do Supremo Tribunal Federal: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.".

Outro questionamento que não existia antes da alteração legislativa diz respeito aos casos em que há a incidência de um das majorantes previstas no art. 157, §2º, do CP, com aumento previsto de 1/3 até metade, e também de alguma majorante prevista no novo §2º-A do mesmo instituto legal, com aumento da pena fixo em 2/3.

Esse caso deve ser analisado à luz do art. 68, do Código Penal:

> Art. 68 (...)
>
> Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

3.3 Qualificadoras do crime de roubo

Por fim, temos a última alteração promovida pela lei n. 13.654/2018. Trata-se da alteração do antigo parágrafo terceiro, onde continuam previstas duas hipóteses qualificadoras do delito de roubo. Quando da violência resultam lesões corporais graves ou morte.

Atualmente, as duas possibilidades encontram-se mais bem organizadas, distribuídas em dois incisos diferentes, senão vejamos:

> Art. 157 (...)
>
> § 3º Se da violência resulta:
>
> I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

Além disso, no caso de roubo qualificado pela lesão grave, a variação da pena cominada em abstrato se dava entre 07 (sete) e 15 (quinze) anos. Portanto, estamos diante, mais uma vez, de um caso de *novatio legis in pejus*. Assim, tem-se que a lei não retroagirá, devendo ser aplicado o novo patamar aos crimes cometidos somente após a vigência da lei.

Quanto aos casos em que se dará a incidência da referida qualificadora, exigível que se trate de roubo exercido com violência dolosa a pessoa. Ou seja, para o caso do delito de latrocínio – roubo qualificado pelo resultado morte -, essa morte deve ocorrer como consequência de uma violência dolosa, e não da grave ameaça exercida. Contudo, pode haver, ainda, o latrocínio no caso de dolo na violência e dolo da conduta de matar.

O que não pode haver é o reconhecimento da qualificadora do resultado morte quando essa morte resulta da grave ameaça exercida pelo autor, como tipicamente exemplificado pela doutrina no caso em que um roubo é exercido com uso de arma de fogo, e a vítima, acometida por doença cardíaca, vem a óbito por causa do susto que levou com o emprego da arma de fogo. Nesse caso, haverá o concurso formal do delito de roubo majorado pelo uso de arma de fogo com o homicídio culposo.

## 4.Considerações finais

Assim, tem-se que, apesar de parecerem alterações legislativas simples, efetuaram profundas modificações quanto a aplicabilidade de cada instituto. Em alguns casos se tratam de considerações doutrinárias, outras de posicionamentos jurisprudenciais.

Porém, é certo que no caso do art. 155, §4º-A, do CP, houve uma melhora, uma evolução legislativa no sentido de dirimir controvérsias acerca da melhor aplicabilidade da lei no caso concreto quanto ao furto em caixas eletrônicos.

Por outro lado, deixou a desejar o legislador quanto à situação do art. 157, §2º-A, I, do CP. Isto é, fixou o quantum de aumento para a majorante do roubo perpetrado com uso de arma de fogo em um patamar acima do mínimo anterior, contudo não fez nenhuma observação quanto ao uso de arma branca, gerando verdadeira abolitio criminis para situações tão lesivas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim, acertou ao reorganizar as qualificadoras do art. 157, §3º, do CP, em dois incisos distintos e aumentar a pena máxima para o caso de roubo qualificado pelo resultado lesão grave.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel – 26 ed. – São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-022/2019/Decreto/D10030.htm>. Acesso em: 04 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm>. Acesso em: 04 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 611**. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2560l>. Acesso em: 04 dez. 2019.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. São Paulo: Método, 2014.

SALIM, Alexandre; DE AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal Parte Especial – Dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família.** Salvador: Juspodivm, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A IMPORTÂNCIA PARA UM CASAL DEFINIR UM REGIME DE BENS

**ANA PAULA DA SILVA NASCIMENTO:** Pós-Graduada em MBA Profissional em Pedagogia e Psicopedagogia Empresarial pela ESAB – Escola Superior Aberta do Brasil, 2011, Bacharel em direito pela instituição de ensino Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, 2018. Pós-graduação em Direito Penal e Direito Civil, 2019.

**HELENA KAZUKO HASSEGAWA EZAWA**[1]

**(Orientadora)**

**RESUMO:** A importância para um casal definir um regime de bens é um artigo que quer demostrar como é importante definir o regime de bens, dos patrimônios do casal, para evitar maiores complicações futuras, caso o casal se divorcie, se separe ou dissolva uma relação, ou mesmo um deles morram, afinal as relações afetivas e patrimoniais estão no cotidiano de todos. A conceituação sobre o que é regime de bens, é que ele é, o conjunto de regras, estabelecido antes do casamento (art.1.639 do C.C), que disciplina as relações patrimoniais entre os casais, e entre estes e terceiros. É a definição jurídica de como os bens do casal serão administrados durante a vida a dois. O objetivo deste trabalho é não somente explicar os regimes de bens adotados pelo Código Civil Brasileiro, mas também mostrar como o conhecimento deles pode melhorar e adequar à vida financeira, jurídica e familiar dos casais. A metodologia utilizada para pesquisar este assunto foi de referências bibliográficas de livros, artigos, periódicos, jurisprudências, internet e a própria lei do Código Civil.

**Palavras chaves:** Regime de bens. Patrimônio. Relações. Casais.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO- 2. Regime de Bens Conceito e a Importância em Escolher. 3. O Pacto Nupcial. 4. Os Quatros Regimes de Bens entre os Casais definidas pelo Código Civil em Direito de Família. 4.1. Regime de Comunhão Parcial. 4.2. Regime de Comunhão Universal. 4.3. Regime de Participação final nos Aquestos. 4.4. Regime de Separação de Bens. CONSIDERAÇOES FINAIS.

**ABSTRACT:** The important of a couple definer an goods regime is an article that wants to demonstrate how important it is to define the property regime, the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

property of the couple, to avoid further future complications, if the couple divorces, if separates or dissolves a relationship, or also died them after all. Relationship and patrimonial are in everyone's daily life. The concept of what is the property regime is that it is, the set of rules, established before marriage (art. 1.639 of the C.C), which disciplines the property relations between couples, and between them and third parties. It is the legal definition of how the couple's assets will be managed during their lifetime. The purpose of this paper is not only to explain the property regimes adopted by the Brazilian Civil Code, but also to show how their knowledge can improve and adapt to the financial, justice and family life of couples. The methodology used to research this subject was bibliographic references of books, articles, journals, jurisprudence, internet and the law of the Civil Code.

**Keywords: Goods regime. Patrimony. Relations. Couples**.

## INTRODUÇÃO

O livro IV – Do Direito de Família do Código Civil em seu Título II – Do Direito Patrimonial, no Subtítulo I – Do Regime de Bens entre os cônjuges, trata sobre como os nubentes podem definir seu regime de bens ao contrair núpcias, "casar".

Este artigo também vai tratar das relações entre casais, como por exemplo, uma união estável, a relação de companheiros, esta pode ser informal sem registro público ou com registro público (um termo de contrato de convivência).

Os artigos que relatam sobre este assunto são do art.1.639 até o art.1.688. No Código Civil ou CC, há quatro tipos de regimes: o de Comunhão Parcial, Comunhão Universal, Participação Final nos Aquestos e Separação de Bens.

Este trabalho quer elucidar sobre as diferenças de cada um destes regimes e a importância de os noivos escolherem um regime antes de contrair o casamento, pois isto facilita a vida em comum do casal, dos trâmites do direito, por exemplo, em caso que haja um divórcio ou separação, enfim é do interesse da sociedade o conhecimento dos seus direitos familiares, afinal a família ainda é o esteio de formação de cidadãos.

Esta afirmação só mostra como o matrimônio não trata somente de um contrato social, afetivo, porém também trata de interesses financeiros ou econômicos.

É fundamental que se entenda que isto é uma escolha relacionada aos interesses patrimoniais e econômicos que vão resultar em uma entidade familiar, por este motivo é essencial tomar uma decisão, ou seja, qual é o melhor regime de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

bens que se adequa ao casal, porque ao defini-lo, evita-se qualquer lide futura, se houver.

Logo este artigo não tratará sobre os nubentes que vão casar, mas também daquele casal que queira escolher um regime de bem, formalizando legalmente a sua união estável.

O objetivo a ser radiografado é explicar os tipos de regimes de bens adotados pelo Código Civil, demonstrar como é essencial o conhecimento dos casais em escolher qual destes melhor se adequa a vida financeira e familiar dos mesmos, para assim criar um bom convívio entre eles, isto não traz somente benefício na vida a dois, mas também para sociedade e para a seara do direito civil e da vara de família.

O presente artigo também vai relatar sobre as vantagens da adoção de que tipo de regime de bens os casais podem optar antes de iniciar a vida em comunhão, seja ela legal ou informal, enfim a importância em conhecer os regimes de bens previstos na lei.

E por fim vai elucidar os pontos negativos de não fazer o pacto antenupcial ou um contrato de regimes de bens, uma escritura pública declaratória de bens ao se iniciar a vida a dois, pois isso afeta não somente eles, mas também o meio judicial.

E para finalizar este artigo teve como fontes de pesquisas referências bibliográficas, de outros artigos científicos, periódicos, livros, Súmulas jurídicas e o Código Civil.

## 2. REGIME DE BENS: CONCEITO E A IMPORTÂNCIA EM ESCOLHER.

O regime de bens é o conjunto de regras de ordem privada que os nubentes podem escolher antes da celebração do casamento. É a definição jurídica de como os bens do casal serão administrados durante a vida a dois.

> Uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos. (DINIZ, 2012, p.170).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A escolha do regime de bens acontece quando os noivos vão fazer o pedido de habilitação do casamento e é no pacto antenupcial que se informa o regime adotado.

Entretanto, a dinâmica social sofre mudanças em suas relações afetivas formando modelos de famílias novos, então é cabível esta escolha de regime de bens para estas pessoas, por exemplo, para os casais que queiram ter uma união estável legal, que eles possam escolher qual regime de bem se adequa a vida deles. Para Tartuce (2016, p.313):

> A união estável ou união livre sempre foi reconhecida como um fato jurídico, seja no Direito Comparado, seja entre nós. Por certo é que hoje, a união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, eis que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento.

Escolher a forma de regime de bem é uma forma de precaução familiar não somente financeira, porém social e jurídica também, pois conforme o dispositivo 1.565 do CC: "pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família".

Segundo Dias (2005, p.146) apud Conceição (2018, p.30) - "a plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento, resultando dela, consequentemente, relações patrimoniais, de afeto e vínculos de parentesco".

Escolher um regime de bens é fundamental para melhor convivência do casal, daí faz-se o pacto antenupcial, e mais tarde se os cônjuges quiserem podem optar por trocar o regime de bens, caso ache necessário ou conveniente, art. 1.639, §2º do C.C.

> Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.
>
> § 1º. O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.
>
> § 2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Sobre a vontade de mudar o regime de bens, deve ser um consenso entre o casal, é necessária escritura pública conforme o art.734 do CPC e art.1.639, §2º do C.C.

> Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

Como é verificada a lei se preocupou com os casais que pretendem casar, porém famílias são formadas de outro modo, com outros tipos ligações afetivas e para eles também deve valer o amparo legal, e isto poderia ser feito através de contratos, ou uma declaração pública em cartório, pois é necessária a escritura pública como validade de regime de bens, é uma condição, uma solenidade, caso contrário o regime de bens definido é o da comunhão parcial, válido para qualquer relação afetiva entre os casais, pelos termos do art.1.640 caput: "não havendo convenção, ou sendo ela nula e ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial".

Dias (2005, p.144) apud Conceição (2018, p.30) afirma que o casamento constitui importante instituição social, criando vínculos entre os nubentes que passam para o estado de casados, assumindo uma gama de direitos e deveres recíprocos, alterando-se inclusive a situação patrimonial de cada cônjuge.

## 3. O PACTO NUPCIAL

Sobre o pacto antenupcial no Código Civil há cinco dispositivos que contextualizam o assunto que se inicia do art.1.653 e vai até o art.1.657 do C.C.

Tartuce (2016, p.160) cita a definição de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre pacto antenupcial, cujo "é o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes ao casamento, o regime distinto da comunhão parcial. Enfim como é visto o pacto antenupcial não deixa de ser um contrato".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No artigo 1.653 do C.C é dito que o pacto antenupcial se não for feito em escritura pública é ineficaz e se não houver o casamento também.

No dispositivo do art.1.657 do C.C, as convenções antenupciais não terão efeitos perante terceiros se não forem registradas em livro especial pelo oficial do Registro de imóveis do domicílio dos cônjuges.

O pacto antenupcial serve para quem for contrair matrimônio, já quem quiser legalizar uma união estável utiliza a própria escritura declaratória (um contrato de convivência) registrado em cartório. O contrato de convivência é feito para os casais de união estável que queiram se legalizar e caso eles queiram, estes podem escolher outro regime de bem para não serem afetados pelo regime de comunhão parcial.

Se quiser continuar na informalidade o casal será amparado pelo Regime de Comunhão Parcial que é o adotado pelo nosso Código de Direito Civil.

Todavia a informalidade das relações causa situações, percalços quando há separação, dissolução, morte do consorte, pois muitas vezes não tem como fazer uma separação de bens justa, sendo realizada sempre a comunhão parcial. Exemplo comum quando um dos consortes falece e deixa patrimônio e vem o direito sucessório.

## 4. OS QUATROS REGIMES DE BENS ENTRE OS CASAIS DEFINIDOS PELO CÓDIGO CIVIL EM DIREITO DE FAMÍLIA

Como já foi mencionado na textualização deste artigo o Código Civil apresenta quatro regimes de bens: o capítulo III - Do Regime de Comunhão Parcial, Capítulo IV – Do Regime de Comunhão Universal, Capítulo V – Do Regime de Participação Final nos Aquestos e o Capítulo VI – Do Regime de Separação de Bens.

Abaixo os dispositivos legais que tratam sobre estes quatro regimes de bens:

Tabela 1 – Os Quatro Regimes de Bens do Código Civil Brasileiro

| Os Quatro Regimes de Bens do C.C. | | Artigos que representam cada tipo de<br><br>Bens do C.C |
|---|---|---|
| 1. | Regime de Comunhão Parcial | 1.658 até 1.666. |

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

| | | |
|---|---|---|
| 2. | Regime de Comunhão Universal | 1.667 até o 1.671. |
| 3. | Regime de Participação Final nos Aquestos | 1.672 até o 1.686. |
| 4. | Regime de Separação de Bens | 1.687 e 1.688. |

Fonte: Elaborada pela orientanda.

**4.1. Regime de Comunhão Parcial**

Em destaque para entender como funciona o Regime de Comunhão Parcial cita-se alguns artigos deste, por exemplo, o artigo 1.658 do C.C diz que o Regime de Comunhão Parcial é um regime de bens que o patrimônio conta a partir da união do casal, dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento.

O artigo 1.659 do C.C fala sobre os bens que não fazem parte do casal - trata sobre a divisão de cada bem, de cada um antes de criar o vínculo afetivo de conviverem juntos.

Já o artigo 1.660 do C.C mostra o que faz parte dos bens adquiridos pelo casal durante sua comunhão. Se o casal contrai matrimônio tem como provar quais bens pertencem a eles antes de casar, isto pode ser verificado pela certidão de casamento.

Porém, se eles apenas se unem em união estável sem um documento público, uma formalidade em cartório aí fica mais difícil de alegar os bens de cada um, como vai se provar que os bens foram adquiridos antes, ou durante a constância afetiva do casal.

O pacto antenupcial serve para defini o regime de bens para quem vai casar e a escritura pública declaratória (termo de convivência), utilizada na união estável, também define qual regime de bens o casal deseja e legaliza uma relação.

Enfim fazer uma escritura pública de qual regime de bens o casal quer compartilhar pode evitar problemas no futuro, é até uma precaução para litígios, caso haja uma dissolução, divórcio ou separação, ou até a morte de um dos consortes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Caso contrário, Tartuce, (2016, p.164) elucida que, "o regime da comunhão parcial é o regime legal, que valerá e terá eficácia para o casamento se silentes os cônjuges, ou se nulo, ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial, conforme aduz o art. 1.640 do C.C".

### 4.2. Regime de Comunhão Universal

Esse tipo de regime de bem é conceituado no art. 1.667 do C.C e diz que os bens do casal são os adquiridos no presente e no futuro do casal, as dívidas passivas também fazem parte dos bens de ambos, ou seja, os bens atuais (presente) e mais os que o casal adquire durante sua união. Exemplo: minha dívida, na Comunhão Universal, nossa dívida.

O art.1.668 do C.C distingue o que é excluído de bens neste Regime de bem - Comunhão Universal. Por exemplo, o inciso III, deste artigo menciona que as dívidas contraídas em benefício do casal, proveito comum em relação a eles, não são partilhadas, comprar uma casa para eles morarem, quem for casar e comprar um enxoval, fazer festa.

Exemplo: Ele tinha uma casa e você um carro, os bens presentes de vocês é dividido entre vocês, mesmo que não tenha contribuído para compra pela Comunhão Universal. São os bens do momento da união mais os adquiridos desta união.

DINIZ, (2012, p. 194), deixa claro que "esses bens compenetram-se de tal maneira que, com a dissolução da sociedade conjugal, não se reintegram ao patrimônio daquele que os trouxe ou adquiriu". São os bens presentes e futuros adquiridos tudo misturado constituindo uma só massa, formando um patrimônio comum entre eles.

Agora no art.1.671 do C.C, se extinta a comunhão, após a divisão dos bens, cessa a responsabilidade de cada um com o credor um do outro.

### 4.3. Regime de Participação Final nos Aquestos

O art. 1.672 do C.C explica sobre o Regime de Participação Final nos Aquestos, cada consorte possui patrimônio próprio (bens que foram adquiridos antes de casar), e se houver dissolução, separação, divórcio, morte do consorte, desta sociedade conjugal há o direito a metade dos bens adquiridos por ambos em título oneroso durante a convivência a dois.Quando estão juntos cada consorte administra seus bens exclusivamente, cada um tem autonomia sobre o que é seu, todavia se resolver se separar aí é como se fosse uma divisão de bens de comunhão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

parcial, todos os bens são divididos igualmente, verifica-se os bens do casal e divide entre eles igualitariamente. O art. 1.673 do C.C define bem o que foi transcrito neste texto.

> Art.1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.
>
> Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Vale ressaltar que os bens adquiridos antes da união, casamento não entram na soma dos bens adquiridos durante a relação afetiva. O art.1.674 do C.C denomina o que se exclui do direito de bem um do outro.

Então bens anteriores à união, casamento não fazem parte da divisão de bens, os bens sub-rogados no lugar dos bens adquiridos antes do casamento, mesmo sendo trocados durante a união ou casamento também não entram na divisão, os bens que sobrevierem a cada consorte por sucessão ou liberalidade, e as dívidas relativas aos bens de cada um.

### 4.4. Regime de Separação de Bens

No Código Civil há apenas dois artigos a respeito do Regime de Separação de bens, art.1.687 e art.1.688 do C.C.

O dispositivo 1.687 do C.C, letra da lei menciona que: estipulada à separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

E o outro artigo, o 1.688 do C.C radiografa sobre o convívio do casal: "ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial". É o regime mais simples do Código Civil, definido em dois artigos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre a importância para um casal definir um regime de bens é conversar sobre o patrimônio dos consortes. O regime de bens começa a vigorar para os que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

casam na data do casamento, art.1.639, §1º do C.C, ou seja, o matrimônio é o termo inicial para contar a validade do regime de bens escolhido pelo casal.

Todavia novos modos de sociedade familiar estão surgindo dentre eles, a união estável, por isto é interessante estes casais que optarem por este tipo de relacionamento também assinar um pacto, uma escritura pública para resguardar seus direitos e não terem rusgas futuras caso venham a se separar, ou o companheiro faleça.

Registrar uma união, registrar uma escritura pública facilita a vida do casal, pois a lei do Código Civil ainda ampara os casados, apesar de reconhecer a posse de casado, que é uma prova indireta de que o casal vive publicamente como marido e mulher na sociedade, coabitando, entretanto para os doutrinadores e para a lei isso ainda está longe de ser prova para o casamento e para divisão de patrimônio.

A informalidade de uma união é a que mais sofre em uma dissolução, separação ou falecimento de um dos consortes na hora de dividir os bens, porque muitas vezes o casal adquiriu patrimônio comum e pela informalidade fica difícil provar isto.

Em geral na união estável a divisão parcial de bens é justa, devido ser previsto em lei o regime de comunhão parcial neste tipo de relacionamento.

Porém, há casos que antes de contrair uma união, cada um possuía patrimônio e devido às circunstâncias da informalidade da relação não tem como provar que adquiriu os bens antes disso, e assim prevalece à divisão dos bens pela comunhão parcial, que muitas vezes beneficia aquele que não contribuiu com nada para o crescimento do patrimônio.

Consortes que não queiram casar, que queiram a união livre, entretanto desejam um regime de bens diferente do previsto na lei do Código Civil, "o regime de comunhão parcial", devem fazer um contrato de convivência com o regime os quais eles escolham.

Aos que pretendem casar seria interessante ao ter o curso de preparação do casamento que as igrejas disponibilizam, estas instituições poderiam fazer um curso preparatório sobre os regimes de bens, ou seja, criar uma parceria com a justiça.

É importante mais informação e divulgação sobre como é importante o casal definir ou conhecer sobre os regimes de leis que o Código Civil dispõe.

**REFERÊNCIAS**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SILVA, Renata. URBANESKI, Vilmar. **Metodologia do Trabalho Científico.** Indaial: Uniasselvi, 2009.

_____VADE MERCUM. Saraiva OAB. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CONCEIÇÃO, Geovana da. **Direito de Família I**. Indaial: Uniasselvi, 2018.

GHILARDI, Dóris. **Direito de Família II**. Indaial: Uniasselvi, 2018.

MADELENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Gen Editora, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016.

---

[1] Professora Mestra e orientadora da Instituição UNIASSELVI, ezawakazuko@yahoo.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# O DIREITO AO PORTE DE ARMAS E A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

**LIDIANI ALVES SARTORI**: Bacharelanda em Direito pela UNIFENAS, Universidade José Do Rosário Vellano.

**RESUMO:** A presente monografia tem como principal objetivo defender o direito do cidadão civil de portar uma arma de fogo. Bem como mostrar o real motivo de implantação da Lei 10.826/2003, que foi tão somente tirar do povo o seu direito de futuramente, se quisessem, se rebelar contra o governo. A ideia fundamental é confrontar as razões declaradas ao aprovar a referida norma, pois as evidências demonstram a falta de eficácia da lei, face aos fins que a mesma se propõe a atingir. Mesmo após anos de sua instituição, os índices de criminalidade não param de crescer, bem como também os homicídios, ao passo que resta desarmado o cidadão comum que optou no referendo por continuar sendo comercializado as armas de fogo. Além de demonstrar a impossibilidade e a incapacidade do Estado em atender todas as demandas no tocante ao poder de polícia. Por fim, demonstrar, que a arma de fogo é o único objeto de uso pessoal capaz de fazer com que uma mulher esteja em pé de igualdade contra um agressor.

**Palavras-chave:** Estatuto do Desarmamento; armas de fogo; criminalidade.

**ABSTRACT:** This monograph has as its main objective to defend the right of civil citizens to carry a firearm. As well as showing the real reason for the implementation of Law 10.826 / 2003, which was only to remove from the people their right to, in the future, rebel against the government.The fundamental idea is to confront the reasons stated when approving the referred norm, because the evidences show the lack of effectiveness of the law, in face of the purposes that it intends to reach.Even after years of its establishment, crime rates continue to rise, as well as homicides, while the ordinary citizen who opted in the referendum to continue to market firearms remains unarmed.It also demonstrates the impossibility and inability of the state to ensure all demands regarding police power.Finally, demonstrate that the firearm is the only object of personal use capable of making a woman equal with an offender.

**Keywords:** Disarmament Statute; firearms; criminality.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

**SUMÁRIO**: 1 INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO DAS ARMAS DE FOGO. 2.1 Breve conceito de armas. 3 OS ASPECTOS HISTÓRICOS MUNDIAIS DO DESARMAMENTO. 4 A INEFICÁCIA DO ESTADO COMO DETENTOR DO PODER DE POLÍCIA. 4.1 O conceito de Poder de Polícia e suas vertentes. 4.2 A Segurança Pública. 5 O REFERENDO DE 2005 E A SOBERANIA POPULAR. 6 O DESARMAMENTO E A CRIMINALIDADE NO BRASIL. 7 PORTE X POSSE DE ARMA DE FOGO. 7.1 Os requisitos para a posse. 8 A LEGITIMA DEFESA. 9 MULHERES E O PORTE DE ARMA DE FOGO. 9.1 Lei 13.880/19 - apreensão de arma de fogo do autor de violência doméstica. 10 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo defender o porte de armas de fogo, e demonstrar a ineficácia do Estatuto de Desarmamento.

A utilização das armas de fogo está presente em nossa história desde o século IX d.C. quando os chineses inventaram a pólvora, desde então, pouco a pouco, as diversas nações mundiais foram aderindo a tal invento e cada vez mais aperfeiçoando o modo de utilizá-la, ou seja, desenvolvendo armas menores e de manuseio individual com capacidade de fogo cada vez maior.1

A Lei 10.826/03 nominada de Estatuto do Desarmamento teve como uma de suas finalidades reduzir a criminalidade, os homicídios, formando então diversas barreiras para a aquisição e o porte de armas de fogo, ocorre que mesmo depois de 16 anos de criação dessa norma isso não aconteceu.

A importância deste tema se fundamenta pelo fato de o Brasil se encontrar em um momento em que diversas pessoas da sociedade protegem a política do armamento, e o atual Presidente pretende flexibilizar a posse de armas através de um Decreto.

O atual Presidente Jair Bolsonaro assinou no dia 15 de janeiro de 2019 o decreto n° 9.685 que alterava o referido Estatuto, facilitando a posse de armas de fogo, porém, o decreto foi barrado pelo Senado Federal.

---

1VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia apresentada a CESUL. 2012. Disponível em: https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf. Acesso em: 15 ago 2019.

Diante desta monografia não se pretende motivar que indivíduos portem armas de forma desordenada e irresponsável, tampouco estimular que estes passem a repelir imoderadamente qualquer ofensa sofrida, até porque, o ideal seria que nunca se precisasse utilizar uma arma de fogo contra outro ser humano, porém, se tal atitude se fizer necessária, é de concluir-se que é inquestionavelmente melhor a vítima estar em potencial ofensivo superior ou equivalente ao seu agressor.

Primeiramente será feito uma relação dos fatos históricos mundiais com relação aos governos que desarmaram a sua população, observando que o único intuito foi de proibir que futuramente o povo usasse do meio mais adequado para se rebelar contra o Estado, ficando dependente do mesmo. Hitler e muitos outros ditadores desarmaram a população para poder escravizá-las. Um exame rápido da história recente, particularmente dos regimes totalitários que se instalaram no mundo durante o século XX, especialmente pouco antes e após a Segunda Guerra Mundial, revelará práticas comuns como à queima de livros, o cerco à imprensa livre, a censura à opinião e, mais recentemente, as restrições ao acesso à Internet e a grandes conteúdos eletrônicos de informação. Ocultar a verdade, substituindo-a com mentiras, é, hoje, o que há de mais eficiente para subjugar um povo. A história humana está repleta de casos em que homens cuja liberdade física lhes foi tirada conseguiram mover multidões apenas com suas idéias, muitas vezes desenvolvidas em cárceres e prisões. Mas basta que, em vez do cárcere físico, se imponha o cárcere mental, para que uma ou mais gerações sejam condenadas ao papel bovino de seguir um líder ou governo sem nenhum questionamento. A grande massa de ignorantes é a terra fértil onde os déspotas cultivam seu poder.2

Logo em seguida será tratado sobre a ineficácia do Estado quanto a proteção do cidadão. É presumível que todos saibam que a primeira obrigação do Estado, sua própria razão de existir, é propiciar segurança para o cidadão contra agressões locais e vindas do exterior. Atualmente o Estado não cumpre esta função, tornando-se necessário torcer a realidade, impedindo, até, que os homens de bem busquem se defender. Isto seria a confirmação do fim do Estado Brasileiro. Assim, o mais elementar direito dos seres vivos, uma atitude que todo animal, da barata ao elefante toma se atacado, que é resistir ao ataque de predadores, é negada aos brasileiros. Sendo ilegal ter uma arma, aquele que quiser resistir ao agressor terá de

2QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. Campinas: Vide Editorial, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fazê-lo com as mãos nuas, sendo obviamente morto. Para não ser, terá de ser passivo e covarde.[3]

Em ato contínuo abordaremos sobre a consulta popular feita em 2005, que de acordo com Pedro Lenza:

> "O referendo popular organizado Tribunal Superior Eleitoral ocorreu no dia 23 de outubro de 2005, com a imediata questão: "o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?". A apuração dos votos ocorreu no mesmo dia através de urnas eletrônicas, tendo então como resultado "O "não" vence com 63,94% dos votos válidos, enquanto o "sim" tem 36,06%". (folha de s.paulo, 2005).4

Ou seja, a população foi contra a proibição, ferindo escancaradamente o princípio Constitucional da soberania popular, disposto no parágrafo único do artigo primeiro da Lei Maior, vejamos:

> "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"5

A importância deste dispositivo legal é sem dúvida uma das mais fortes no Estado Democrático de Direito.

---

3CASTRO, Sérgio Alberto. **Sobre a violência e as armas**. Artigo. Publicado em 17 de agosto de 2001. Disponível em: http://olavodecarvalho.org/sobre-a-violencia-e-as-armas/. Acesso em 15 ago 2019.

4 ABRA. Ana Beatriz Berneculli Borges. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade.** Artigo. Publicado em 09 de maio de 2019. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52868/a-ineficacia-do-estatuto-do-desarmamento-na-reducao-da-criminalidade. Acesso em 17 ago 2019.

5 BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 Set. 2019.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além disso, cabe ainda avaliar se tais medidas não ferem mais direitos constitucionalmente garantidos, uma vez que o artigo 5º da Constituição de 1988 diz:

> ''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''

É notório que não se vê o direito à Vida e a Segurança sendo respeitados, com tantas restrições impostas ao cidadão de bem e com a violência generalizada, torna-se quase impossível preservar a sua própria vida, pois não se pode adquirir uma arma de forma legal, não garantindo em ato contínuo a Segurança, que exercida pelo Estado é precária.

Com a interpretação mais ampla do Estatuto do Desarmamento, juntamente com o que a Constituição Federal emana, o legislador diz que o cidadão tem direito à vida, mas com tantas restrições impostas ao cidadão de bem e com a violência generalizada, torna-se quase impossível preservar a vida, pois não se pode adquirir uma arma de forma legal, visto que tal aquisição tem requisitos de natureza extremamente subjetiva.

O Estatuto do Desarmamento surgiu diante do argumento do Estado em buscar a redução da criminalidade, por meio da total restrição ao acesso as armas de fogo.Esperava-se que restringindo o porte e criando barreiras para aquisição e posse de arma de fogo, os índices de criminalidade por este meio seriam reduzidos conforme se esperava quando se debateu o assunto a época de sua elaboração, o que não aconteceu até hoje.Buscaremos compreender a legislação vigente, visando mostrar que o fim a que foi criado o Estatuto não é atingido, observando-se o aumento diário de criminalidade, não atendendo assim seu objetivo maior que é a redução dessa criminalidade.

No penúltimo capítulo falaremos sobre o instituto da legítima defesa que é inseparável da condição do ser humano, acompanhando-o desde o seu nascimento e persistindo durante toda a sua vida, por lhe ser natural o comportamento de defesa quando injustamente agredido por outra pessoa, previsto no art. 25° do Código Penal:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".6

Por fim, iremos falar da mulher, que infelizmente, a cada 11 minutos é vítima de estupro no Brasil. Segundo o 8º anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2013 foram registrados mais de 50 mil casos de estupros em nosso País. Conforme pesquisas internacionais, apenas 35% das mulheres costumam relatar o episódio às autoridades. É um número de denúncias considerado baixo e preocupante, uma vez que, a maioria dessas vítimas continuam sendo abusadas diariamente. Mas, como podemos evitar ou pelo menos fazer com esse alto número de crimes sexuais diminuam? Como podemos evitar agressões? Como podemos igualar a força da mulher com a do homem? A resposta é simples: o direito garantido ao porte de armas. É uma resposta um tanto polêmica, mas iremos observar que os diversos estudos apontam para essa conclusão.7

## 2 EVOLUÇÃO DAS ARMAS DE FOGO

Desde tempos imemoriáveis, o homem utiliza-se de objetos com o intuito de agredir, atacar, ofender, ou ainda proteger-se ou proteger à sua família e suas posses de alguma ameaça, seja esta de animais ou outros seres humanos.8

As armas estão presentes na vida do homem desde os primeiros momentos danossa história. Os homens das cavernas já utilizavam pedras amoladas e amarradas agalhos de arvores, para perfurar a pele dos animais durante as caçadas. Com o passardo tempo e a descoberta do metal, as pedras e a madeira deram lugar

6 BRASIL, **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 05 Set. 2019.

7 AGRA, Rodolfo. **Uma mulher armada é uma mulher segura.** Artigo. Disponível em:https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/395289209/uma-mulher-armada-e-uma-mulher-segura. Acesso em 20 set 2019.

8 VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia apresentada a CESUL. 2012. Disponível em: https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf. Acesso em: 15 ago 2019.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

as armas feitasem aço, como espadas, lanças e machados chegava a era das chamadas armas básicas, ou armas brancas.9

TEIXEIRA, dita que :

> [...] desde seu surgimento na face da Terra até os dias atuais, o homens utilizam de algum meio para efetuar sua autodefesa. Apenas o que mudou foram as armas ou os meios utilizados, que acompanharam o desenvolvimento de novas técnicas, a descoberta de novos materiais e as novas tecnologias que surgiram ao longo da própria evolução humana.10

Segundo TEIXEIRA:

> "Amarrando-se um cipó nas duas pontas de um galho, fazia-se um arco, que impulsionava outros galhos à distância e assim por diante". Constata-se, portanto, que os homens perceberam que poderia ser confeccionado um arco com um cipó trabalhado preso junto a uma vara arqueada, a qual dispararia um projétil com maior velocidade e alcance do que se fosse lançado diretamente com o impulso da mão ou braço, surgindo assim o conjunto arco-e-flecha, que mais tarde tornaram-se as bestas e balestras.11

Ainda TEIXEIRA:

> "Com o invento da fundição do ferro, surgiram armas mais elaboradas, como arcos, que arremessavam flechas com pontas metálicas, lanças, espadas, adagas, [...]."12

---

9 _____. **Saiba mais sobre a história das armas de fogo**. Artigo. Disponível em: http://noticias.terra.com.br/brasil/referendodesarmamento/interna/0,,OI692818-EI5475,00.html. Acesso em 20 set 2019.

10 TEIXEIRA, João Luís Vieira. **Armas de Fogo: São elas as culpadas?.** São Paulo: LTr, 2001, p.15

11*Ibidem*

12 *Ibidem*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal evolução foi de extrema importância para a história e para o aprimoramento das armas, visto que sem a fundição do ferro ou aço, as armas de fogo em tese, nunca poderiam ter se desenvolvido. Estas armas, com o passar dos anos, tiveram seu tamanho reduzido para facilitar sua camuflagem e seu transporte, porém tiveram aprimoramentos que as tornaram mais letais e mais resistentes à condições adversas.13

**2.1 Breve conceito de armas:**

Um breve resumo sobre o conceito de armas, segundo FRAGOSO (1971, p. 76), "é o instrumento em condições de ser utilizado ou que pode a qualquer instante ser posto em condições de ser usado para o ataque ou a defesa". 14

Pode-se dizer segundo FRAGOSO, que até mesmo uma caneta ou material análogo, ao ser cravada em alguém com o intuito de ferir ou matar, considera-se arma, pois é instrumento apto e que de pronto pode ser utilizado para uma finalidade lesiva.15

Outro conceito de arma é o apresentado por SILVA (2000, p.77), o qual afirma que "a ofensividade é natural da arma, ou seja, a qual se considera por si mesma, devido a sua fabricação e pela sua finalidade de construção". Segundo o autor, não se incluem no conceito de arma as que eventualmente (ou acidentalmente) são usadas como arma, somente aquelas que são produzidas para a finalidade ofensiva podem ser consideradas armas.16

Analisando o conceito exposto por SILVA, pode-se entender que um punhal ou adaga, são considerados armas, e uma espingarda ou pistola destinada ao tiro

13 VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia apresentada a CESUL. 2012. Disponível em: https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf. Acesso em: 15 ago 2019.

14 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Aspectos da Teoria do Tipo.** Revista de Direito Penal. Vol. II/74. São Paulo: Saraiva, 1971, p.76.

15*Ibidem*

16 SILVA, De Plácito. **Vocabulário Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTr, 2000, p.77.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

esportivo não, pois a primeira já é fabricada com o intuito de ser utilizada como arma, e a segunda, como material desportivo.17

O objeto desta monografia trata-se da arma de fogo.

Uma arma de fogo é um artefato capaz de disparar um ou mais projéteis em alta velocidade através de uma ação pneumática provocada pela expansão de gases resultantes da queima de um propelente de alta velocidade.18

A Lei Brasileira divide fundamentalmente dois tipos de arma de fogo:

1. De uso permitido, que são os armamentos autorizados a civis de uma forma geral, para defesa domiciliar;

2. De uso restrito, que pode ser utilizado pelas Forças Armadas, instituições de segurança pública, como a Polícia Federal, Polícia Militar, Polícia Civil, Força Nacional entre outros e ainda alguns agentes públicos conforme a Constituição Federal de 1988.19

## 3 ASPECTOS HISTORICOS MUNDIAIS DO DESARMAMENTO

O que deve ficar deste primeiro capítulo são justamente os exemplos históricos, que vêm de séculos, de como o governo se esforça em controlar o povo através das restrições ao armamento.

O confisco de armas ocupa um lugar especial nos corredores da repressão política em governos totalitários. Uma viagem pela memória nos permitirá relembrar como o confisco de armas ajudou a consolidar o poder dos governos.20

Os regimes totalitários são aqueles marcados pelo **totalitarismo,** um sistema político caracterizado pelo controle absoluto de uma pessoa ou de um partido sobre toda uma nação. No sistema totalitarista, a pessoa (no cargo de líder)

---

17*Ibidem*

18 _____. **Arma de Fogo**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Arma_de_fogo. Acesso em 28 set 2019.

19*Ibidem.*

20NIÑO, José. A Brief History of Repressive Regimes and Their Gun Laws. **MISES WIRE**. 2018. Disponível em <https://mises.org/wire/brief-history-repressive-regimes-and-their-gun-laws>Acesso em 15 Out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou o partido político — ambos representando o Estado — detém um controle total e absoluto sobre a **vida pública e privada** por meio de um governo autoritário.21

Quanto mais totalitário é um governo, maiores são as restrições ao armamento da população civil. Os regimes mais sanguinários da história foram também os mais eficientes em desarmar as pessoas, pois um povo desarmado é um povo incapaz de reagir contra um governo armado. Lembre-se: quem tem a força bélica tem o poder de impor sua vontade. Desarmamento é sinônimo de controle social; quem disser o contrário é ingênuo ou mal intencionado.22

Assim sendo, fica cada vez mais claro o quão importante é a liberdade de um indivíduo dentro de uma sociedade. Para proteger todos os seus interesses contra um Governo autoritário e uma grande onda de criminosos cada vez mais cruéis é necessário que esse indivíduo tenha meios suficientes para tal. Todas as outras liberdades só podem ser preservadas a partir do momento em que um homem de bem coloca em seu coldre a sua melhor amiga, a arma de fogo.23

Vejamos alguns casos.

A União Soviética deixou sua marca como um dos regimes políticos mais mortais da história da humanidade. No entanto, não poderia se safar de tais atrocidades sem ter um monopólio completo do uso da força.24

Para manter seu controle de ferro, a União Soviética teve que recorrer a forma mais comprovada de supressão - confisco de armas.

---

21SILVA, Alves Daniel. Regimes totalitários. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/regimes-totalitarios.htm> Acesso em: 15 Out 2019.

22QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. Campinas: Vide Editorial, 2015, p. 23.

23AGRA, Rodolfo. Por que ter uma arma é a maior das liberdades?.Jusbrasil. Disponível em: <https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/485218252/por-que-ter-uma-arma-e-a-maior-das-liberdades> Acesso em: 15 Out 2019.

24 NIÑO, José. A Brief History of Repressive Regimes and Their Gun Laws. **MISES WIRE**. 2018. Disponível em <https://mises.org/wire/brief-history-repressive-regimes-and-their-gun-laws> Acesso em: 15 Out 2019.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em 10 de dezembro de 1918, o Conselho do Comissário do Povo determinou que os cidadãos soviéticos entregassem suas armas de fogo. Não fazer isso, levou a processo criminal.25

As leis soviéticas de controle de armas permaneceram rígidas nas décadas seguintes, embora o governo tenha se esforçado para dar aos afiliados do Partido Comunista acesso privilegiado a armas de fogo.26

Quando a Segunda Guerra Mundial chegou ao fim, os países da Europa Oriental adotaram seus senhores soviéticos e começaram a implementar o confisco de armas.

Robert Conquest sustenta em seu livro o Grande Terror que pelo menos 15 milhões de pessoas morreram sob o domínio soviético.27

Outrora um dos países mais prósperos da América Latina, Cuba sucumbiu ao canto da sereia do socialismo quando Fidel Castro assumiu o poder em 1959.

Semelhante ao caso nazista, Castro aproveitou as listas de registro de armas de fogo estabelecidas pelo governo anterior. Uma vez que o ditador Fulgencio Batista foi deposto, os instintos tirânicos de Castro entraram em ação. Em um discurso no quartel Maestre de San Ambrosio, Castro, exclamou, Armas, para quê? Lutar contra quem? Contra o governo revolucionário que tem o apoio do povo?28

---

25WYLES, Chan Adrian. GUN CONTROL LAWS IN THE USSR.THE SANGHA KOMMUNE. 2018. Disponível em: <https://rozany.jusbrasil.com.br/artigos/432323234/a-falacia-do-estatuto-dedesarmamento>. Acessoem: 15 Out 2019.

26 NIÑO, José. A Brief History of Repressive Regimes and Their Gun Laws. **MISES WIRE**. 2018. Disponível em <https://mises.org/wire/brief-history-repressive-regimes-and-their-gun-laws> Acesso em: 15 Out 2019.

27 CONQUEST, Robert.**TheGreat Terror: A Reassessment**. Oxford University Press. 2007. Disponível em: https://www.amazon.com/Great-Terror-Reassessment-Robert-Conquest/dp/0195317009/ref=sr_1_1?ie=UTF8&qid=1535870110&sr=8-1&keywords=the+great+terror. Acesso em 15 out 2019.

28 DRGO. **GunsandFreedom: Part 2 – HistoricalVignettesonCivilianDisarmament**. Publicado em 29 de novembro de 2016. Disponível em: https://drgo.us/guns-and-freedom-part-2-historical-vignettes-on-civilian-disarmament-excerpt/. Acesso em 15 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Após esse discurso, o confisco de armas começou lentamente. O governo Castro começou alvejando grupos revolucionários rivais, que lutaram contra o governo Batista, mas não eram afiliados comunistas. Então, o governo Castro ampliou a definição de "revolucionários rivais" para desarmar mais a população.

Nos meses seguintes, as perseguições e fuzilamentos se multiplicaram. A censura foi instituída. Cuba jamais teria outra eleição livre até os dias de hoje. Estima-se que o regime comunista cubano matou cerca de 40 mil pessoas. Mais de 100 mil morreram na tentativa de fugir para a Flórida. Os que conseguiram, criaram uma das mais vibrantes e bem sucedidas comunidades imigrantes dos EUA. Lá seriam verdadeiramente livres, inclusive para ter suas próprias armas.

Atualmente, mais de 20 anos após a queda do regime comunista, a lei russa sobre o tema ainda é razoavelmente restritiva. Indivíduos acima de 18 anos podem possuir armas para os propósitos de defesa pessoal, caça e esporte, caso passem por testes médicos e psicológicos. É obrigatório o comparecimento a aulas sobre os dispositivos de segurança das armas, e os compradores devem demonstrar ter local apropriado em suas residências para manter e guardar uma arma. Os registros são feitos nas delegacias locais. A pessoa pode ter até dez armas, sendo permitidas mais apenas em casos de coleções, devidamente registradas. Armas com munição de ampla dispersão, como escopetas, são proibidas, além de armas com capacidade para mais de dez cartuchos.29

Não é segredo que o governo venezuelano tenha eviscerado os direitos de propriedade e as liberdades civis fundamentais no país sitiado pela crise. Mas como o governo venezuelano conseguiu permanecer no poder? A campanha de desarmamento civil do governo venezuelano é um abuso frequentemente ignorado dos direitos humanos nas discussões sobre a crise política da Venezuela.30

Agora, os venezuelanos não têm como se defender de um governo livre para amordaçar seu discurso, expropriar sua riqueza, degradar sua moeda e matá-lo de

---

29 GIACONI, Luiz. **Breve história do desarmamento, parte 2: controle de armas no mundo comunista – A União Soviética**. Artigo. Publicado em 4 de abril de 2014. Disponível em: https://www.defesa.org/breve-historia-do-desarmamento-parte-2-controle-de-armas-no-mundo-comunista-a-uniao-sovietica/. Acesso em 13 out 2019.

30 NIÑO, José. **A Brief History of Repressive Regimes and Their Gun Laws**. MISES WIRE. 2018. Disponível em <https://mises.org/wire/brief-history-repressive-regimes-and-their-gun-laws>Acesso em 15 Out 2019.

fome. E se isso não bastasse, o venezuelano médio deve enfrentar a ameaça constante de criminosos e coletivos comuns, as infame unidades paramilitares pró-governo da Venezuela.31

Mesmo no século 21, os efeitos desagradáveis do confisco de armas ainda estão sendo sentidos.

A África do Sul adotou recentemente o confisco de armas. De acordo com o The Citizen, o Tribunal Constitucional da África do Sul ordenou o confisco de cerca de 300.000 armas de fogo em 7 de junho de 2018.32

O controle de armas pode não ter uma dependência de caminho em relação à tirania. No entanto, o confisco de armas é uma forma flagrante de controle de armas, que permite que os autoritários enrolem seus súditos à vontade. A maneira como o confisco de armas aumenta a consolidação do poder estatal é inegável. Uma população desarmada simplesmente não é páreo para um aparato repressivo que tem o monopólio do uso da força.33

Os direitos das armas podem não garantir a vitória contra os tiranos, mas se privados de todos mais garantem a submissão.

O Brasil foi descoberto pelos portugueses em 1500. Trinta anos depois iniciou-se o povoamento do país, que passou a ser colônia de Portugal, condição que seria mantida até o ano de 1815. Nesse período há registros da primeira política de desarmamento de nossa história: qualquer um que fabricasse armas de fogo no território brasileiro poderia ser condenado à pena de morte. Estaria a Coroa Portuguesa preocupada com o bem-estar dos brasileiros, com a criminalidade, com os assassinatos, e por isso estava proibindo a fabricação de armas? É claro que não.

---

31 TORRES, Patricia. CASEY, Nicholas. **Armedcivilianbands in Venezuela propupunpopularpresident**. The New York Times: 22 de abril de 2017. Disponível em:https://www.nytimes.com/2017/04/22/world/americas/armed-civilian-bands-in-venezuela-prop-up-unpopular-president.html. Acesso em 13 out 2019.

32 NIÑO, Jose. **South Africacalls for 300,000 gunownerstoturn over theirweapons**. Artigo . Publicado em 17 de julho de 2018. Disponível em: https://www.gunpowdermagazine.com/south-africa-calls-for-300-000-gun-owners-to-turn-over-their-weapons/. Acesso em 14 out 2019.

33 NIÑO, José. **A Brief History of Repressive Regimes and Their Gun Laws.** MISES WIRE. 2018. Disponível em <https://mises.org/wire/brief-history-repressive-regimes-and-their-gun-laws>Acesso em 15 Out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como veremos adiante, a restrição às armas de fogo não significa o fim da violência. Ademais, o Brasil colonial não era um país violento, e os índices de criminalidade estavam longe do que são hoje. Neste caso, o objetivo era claro: restringir a produção de armas para dificultar a formação de milícias coloniais que pudessem ameaçar o poder de Portugal.34

Dizer que o controle social é o único objetivo para o desarmamento pode parecer uma afirmação exagerada ou tendenciosa neste momento. Todos os governos totalitários que já existiram na história da humanidade tiveram e têm um traço em comum: desarmar a população para poder então dominá-la. Os exemplos são muitos, sendo que os mais notórios e de resultados mais fatais estão cobertos pelo manto vermelho do comunismo: China, Cuba, União Soviética, Coréia do Norte, Venezuela etc. Em todos esses lugares, e outros, os cidadãos foram desarmados, e o resultado foi sempre o mesmo: perda das liberdades individuais e muitos mortos.35

Como reflexão final, considere-se a seguinte afirmação: todo povo ou nação que perde uma guerra é obrigado a entregar as armas ao vencedor, sem exceções. O que isso nos sugere no Brasil de hoje? Você consegue enxergar que há um lado perdendo sempre, e que a maioria de nós está desse lado? Consegue ver que cada cidadão de bem que entrega sua única forma de defesa está perdendo a guerra contra o Estado? Não há perdedores do lado dos governantes, pois eles contam com um aparato de segurança muito superior e exclusivo. Os perdedores são todos os que abrem mão de seus direitos individuais ao confiar sua segurança e sua independência exclusivamente ao poder policial, que na maioria das vezes chega na cena do crime depois que não há mais a se fazer.36

Para enfrentarmos aqueles que nos querem tirar os bens, a dignidade, a liberdade e a vida, o poder libertador e eqüalizador de uma arma de fogo é algo imprescindível. Ainda que nunca façamos uso desse poder, o mero fato de o termos

---

34QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. Campinas: Vide Editorial, 2015.

35SILVA, Alves Daniel. **Regimes totalitários. Mundo Educação**. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/regimes-totalitarios.htm> Acesso em: 15 Out 2019.

36QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. Campinas: Vide Editorial, 2015, p.22



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

à disposição é suficiente para regular o apetite dos maus. É por saber disso que eles tentam nos privar desse direito tão fundamental.37

## 4 A INEFICÁCIA DO ESTADO COMO DETENTOR DO PODER DE POLÍCIA

A vida em sociedade gerou a necessidade da criação de normas disciplinadoras e regulamentadoras para garantir o bem estar da coletividade. Para tanto, foram criadas as Constituições e as Leis que dão direitos aos indivíduos, que devem ser cumpridas para que seja mantido o bem estar social, sendo previsto consequências e sanções aos que violarem seus preceitos.38

O cidadão quer exercer plenamente seus direitos; de outro a Administração Pública tem o dever de limitar o exercício de modo alcançar o bem-estar coletivo, e inclusive, fazendo o uso de seu poder de polícia.39

### 4.1 O conceito de Poder de Polícia e suas vertentes

O Código Tributário Nacional traz, no seu artigo 78° e parágrafo único, o conceito legal do instituto:

> Art. 78. Considera-se **poder de polícia** atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e,

37*Ibidem.*

38 MONJARDIM, Rosane. **Da administração Públida e do Poder de Polícia.** Artigo. JusBrasil. 2015. Disponível em: https://rmonjardim.jusbrasil.com.br/artigos/189932643/da-administracao-publica-e-do-poder-de-policia. Acesso em 13 out 2019.

39*Ibidem*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.40

Hely Lopes Meirelles conceitua o poder de polícia como:

> O Poder de Polícia é um instrumento posto a disposição da Administração Pública para que está para intervir de modo coativo sobre os cidadãos, administrados do Estado. Assim, vem a ser uma faculdade representada pelo Poder de Império que o Estado possui.41

Cavalcanti dita que:

> Poder de Polícia é a faculdade de manter os interesses coletivos, de assegurar os direitos individuais de terceiros. O Poder de Polícia visa à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui limitação à liberdade e os direitos essenciais do homem.42

Carvalho Filho diz:

> É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar

40 BRASIL, **Código Tribunal Nacional**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 Out. 2019.

41MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

42CAVALCANTI, Themístoles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.43

Administração Pública, mediante atuação dos seus órgãos competentes, exerce o poder de polícia sob duas vertentes: as funções de polícia administrativa, que incide sobre os bens, direitos ou atividades, e as funções de polícia de segurança pública, que visa resguardar as liberdades.

Vale ressaltar que o poder de polícia pode assumir caráter preventivo ou repressivo. Quando atuando preventivamente, o poder de polícia deve impedir as ações anti-sociais. Enquanto que o seu atuar de forma repressiva deve visar punir os infratores da lei penal. A partir destas características o poder de polícia exercido pelo Estado pode incidir na área administrativa e na judiciária.44

A polícia judiciária é a atividade desenvolvida por organismos, de caráter repressivo e ostensivo, com a função de reprimir a atividade de delinqüentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal. Incide sobre as pessoas, e é exercido por órgãos especializados como a polícia civil e a polícia militar. Tem como finalidade, auxiliar o Poder Judiciário no seu cometimento de aplicar a lei ao caso concreto, em cumprimento de sua função jurisdicional.45

Entre outras diferenças, tais como a polícia administrativa ser regida pelo Direito Administrativo, enquanto que a polícia judiciária pelo Direito Processual Penal, tem-se que "a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos

---

43CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª Edição Revista, ampliada e atualizada até 30.06.2006. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2006.

44_____. **Poder de Polícia: Discricionariedade e limites**. Artigo. Publicado em 01 de janeiro de 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/poder-de-policia-discricionariedade-e-limites/. Acesso em 16 out 2019.

45*Ibidem.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.46

É sempre necessário destacar o controle limitativo desse instituto, haja vista a ampla extensão e incidência do Poder de Policia em nosso cotidiano.

Conforme exposto por TÁCITO:

> A faculdade de agir outorgada ao administrador não é construída no vácuo, mas em função de determinados objetivos sociais, que não podem ser ignorados ou subvertidos pelo agente. Não é licito à autoridade publica atuar senão para o fim previsto na lei. A substituição do interesse público especificamente considerado na regra de competência por um interesse privado ou pro outro interesse público estranho á finalidade legal vicia, irremediavelmente, o ato administrativo pela figura do desvio de poder.47

Concluindo:

> é, sobretudo, em relação aos atos de polícia, por sua natureza discricionária, que o controle da legalidade do fim objetivado na ação administrativa adquire relevo especial. Ele corresponde à eliminação dos processos maliciosos e subreptícios (e, por isso mesmo, socialmente mais nocivos) de arbítrio administrativo acobertado pelo aparente respeito á lei [...] o exercício do poder de policia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir.48

**4.2 A Segurança Pública**

---

46DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2006, p. 105.

47 TACITO, C. **O Poder de Policia e Seus Limites**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, 1952.

48*Ibidem*



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A ideia de Estado é inseparável da ideia de Polícia, e o fundamento da ação de polícia é o Poder de Polícia. Numa sociedade policiada, como se dizia em português clássico, há de estar garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos, de tal modo que o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça, não perturbe o exercício dos direitos alheios49

Assim deve ser, porque a busca do bem comum é missão primordial do Estado. Para isso ele se constituiu. É missão a ser desempenhada por meio de uma legislação adequada, instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, fazendo-as convergir para o bem comum. Daí afirmar José Cretella Júnior que a segurança das pessoas e dos bens é o elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana50

A Segurança pública é referente ao poder de polícia da Administração como uma garantia da ordem pública interna.

Ressaltasse que o presente trabalho não entrou em ricos detalhes sobre a discussão doutrinaria e jurisprudencial entre ordem pública e segurança pública.

Segurança pública, aspecto dos mais polêmicos, em verdade é um estado antidelitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais, com ações de polícia preventiva e repressivas imediatas típicas.51

Afastando-se, assim, por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei

---

49 CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**, 11 ed., 1977, Forense, Rio de Janeiro, p. 335.

50 CRETELLA JÚNIOR, José. **Lições de Direito Administrativo**, 21 ed., 1972, José Bushatsky Editor, São Paulo, p. 227.

51 PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional, Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais/Editores, 1971, São Paulo, p. 7 e ss.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais,ofendendo-a.52

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu Título V, denominado "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas", dedicou o Capítulo III para tratar da segurança pública, identificando no seu artigo 144 o conjunto de órgãos responsáveis pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.53

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> I - polícia federal;
>
> II - polícia rodoviária federal;
>
> III - polícia ferroviária federal;
>
> IV - polícias civis;
>
> V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.54

Conforme exposto acima no artigo 144°, caput, da Constituição Federal, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

Apesar do Brasil ser um país subdsenvolvido e por isso incluído no BRICS, combater a criminalidade e a abaixar a taxa de homicídios ainda é um desafio. O Estatuto do Desarmamento, sancionado em 2003 com objetivo de restringir a posse

---

52 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**, v. IV, ll ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete Segurança Pública, p. 1.417.

53CORRÊA, Andréa Costa. **O poder de polícia das Forças Armadas no exercício da segurança pública**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2771, 1 fev. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/18396. Acesso em: 14 out. 2019.

54 BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 Set. 2019



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e o acesso a armas de fogo e diminuir a taxa de homicídio, e, consequentemente, a criminalidade não foi suficiente. Segundo dados do Atlas o desarmamento não reduziu os homicídios e nem o índice de violência no país.55

FACCIOLLI, (2010 p. 19), nos mostra que "Infelizmente, a cultura que se desenvolveu em torno das armas de fogo no Brasil é a de repulsa, aversão – "visão antiarmas". O instrumento em si (arma) não é venal; o que o torna nocivo é o seu mau uso...".56

Desse modo, são indispensáveis, portanto, medidas para reverter esse cenário. Com isso, a liberação do porte de armas tende a beneficiar a sociedade de modo que as pessoas tenham uma sensação de segurança maior, sabendo que, ainda que não queiram, podem ter acesso e porte de armas de fogo, legalmente, no país.57

## 5 O REFERENDO DE 2005 E A SOBERANIA POPULAR

O Referendo de 2005 é motivo de grandes discussões desde a criação da Lei 10.832/06, entende-se que a soberania popular não foi respeitada pela administração pública, pois esta última descartou a real vontade do povo e priorizou as vontades internas do Estado.

Dentre as formas de exercício da soberania popular previstas na Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são inegáveis destaques no engajamento social, permitindo à população opinar diretamente sobre determinado assunto ou validar uma norma legal. Diferem, basicamente, pelo momento em que cada um se realiza, pois, enquanto o plebiscito é uma consulta

55 _____. **O porte de armas no Brasil**. Disponível em:https://redacaonline.com.br/temas-de-redacao/o-porte-de-armas-no-brasil/163108. Acesso em 16 out 2019.

56 FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo.** 5 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

57 _____. **O porte de armas no Brasil**. Disponível em:https://redacaonline.com.br/temas-de-redacao/o-porte-de-armas-no-brasil/163108. Acesso em 16 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

prévia e em abstrato, o referendo destina-se a chancelar, ou não, algo que já existe.58

O Decreto Legislativo n° 780 de 2005, do Senado Federal, definiu a pergunta e autorizou a realização do referendo sobre a comercialização de armas de fogo e munição, no Brasil.

A população brasileira com mais de 18 e menos de 70 anos compareceu as urnas para responder "SIM" ou "NÃO" à pergunta: "O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?"

O grupo do SIM - a favor da proibição. O grupo do NÃO - contra a proibição. O resultado: os eleitores rejeitaram a proibição por quase dois terços dos votos válidos.

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral votaram pelo "não" 59.109.265 eleitores (63,94%) e pelo "sim" 33.333.045 (36,06%). O índice de abstenção foi de 21,85% (26.666.791 eleitores). Votaram em branco 1.329.207 (1,39%) e nulo 1.604.307 (1,68%) pessoas.59

Para que a plenitude de um sistema democrático seja alcançada, os nossos dirigentes precisam respeitar as decisões tomadas por seus cidadãos através da consulta popular. Em 2005 a população exerceu a sua soberania, decidindo pela não proibição do comércio de armas de fogo e munição, porém, na prática, a vontade popular não foi totalmente respeitada pela Administração Pública.60

---

58 _____. **Não optamos pelo desarmamento, mas ele vem sendo imposto**. UOL. Publicado em 16 de outubro de 2015. Disponível em:https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/10/16/nao-optamos-pelo-desarmamento-mas-ele-nos-vem-sendo-imposto.htm. Acesso em 16 out 2019.

59 WIKINOTICIAS. **NÃO vence SIM no referendo sobre comércio de armas no Brasil**. Publicado em 24 de outubro de 2005. Disponível em:https://pt.wikinews.org/wiki/N%C3%83O_vence_o_SIM_no_referendo_sobre_com%C3%A9rcio_de_armas_no_Brasil. Acesso em 15 out 2019.

60 MOURA, Luiz Henrique Martins. **Desarmamento: Soberania popular x Discricionariedade Administrativa.**JusBrasil. 2019. Disponível em: https://luiizmoura.jusbrasil.com.br/artigos/660468199/desarmamento-soberania-popular-x-discricionariedade-administrativa. Acesso em 16 out 2019.

Os cidadãos que pleiteiam o fim do Estatuto do Desarmamento questionam a legislação atual, pois ela não teria atendido a vontade popular após o referendo ocorrido em 2005, mesmo que 63% da população tenha se posicionado contra a proibição da venda de armas de fogo e munições no Brasil.61

O Referendo de 2005 foi a primeira prova de que o estatuto do desarmamento é uma peça jurídica discordantecom a vontade popular, e com efeitos práticos negativos. As outras comprovações viriam depois, como veremos, com o aumento constante da criminalidade no país.

Ele é também a prova de que os últimos governos, não têm tido nenhum apreço e nem pretendem, em momento algum, tomar medidas de acordo com o desejo da sociedade. Suas ações são sempre na direção de concretizar políticas defendidas pela base partidária governista, mesmo que sejam contrárias ao que a grande maioria da população acredita ser o melhor. O corolário desta afirmação é claro: um governo assim não pode ser chamado de democrático.62

Partindo de que os cidadãos foram convidados a decidir nas urnas e que o estado obteve como resultado a não proibição da comercialização de armas de fogo e munição, esperava-se que a administração pública resguardasse a vontade popular de maneira concreta, garantindo aos cidadãos que a sua vontade seria efetivada na teoria e na prática.63

Analisando o resultado do Referendo, o Professor Dílio Procópio Drummond de Alvarenga, professor aposentado de Direito Penal na Universidade Federal de Juiz de Fora (MG), comenta:

> Acabam de ser anunciados os números em que se manifesta a estrondosa vitória do não sobre o sim quanto à ansiada proibição do comércio de arma de fogo e munição no

61*Ibidem*

62QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. Campinas: Vide Editorial, 2015.

63 MOURA, Luiz Henrique Martins. **Desarmamento: Soberania popular x Discricionariedade Administrativa.**JusBrasil. 2019. Disponível em: https://luiizmoura.jusbrasil.com.br/artigos/660468199/desarmamento-soberania-popular-x-discricionariedade-administrativa. Acesso em 16 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> território nacional. Após a batalha desigual travada entre as frentes representativas das duas facções, sagrou-se vencedora a ideia defendida pelos mais humildes, que, a despeito disso, tiveram a coragem e a audácia de se oporem aos mais aquinhoados que se escudavam nos poderosos meios de comunicação, que não pouparam recursos pessoais e materiais na perseguição do próprio intento, agora amplamente rechaçado.
>
> Como se sabe, o referendo, como tal realizado em 23 de outubro de 2005, é uma das formas de exercício da soberania popular, prescrita para os casos de suma importância nacional, a fim de que possa entrar em vigor uma decisão já tomada pelo legislativo, no caso a disposta no art. 35 da Lei n.º 10.826/03.

No caso tratado pode ser uma tarefa difícil, diante da massificação ideológica de um discurso que nos induz ao convencimento de que escolhemos nos desarmar, algo que agora estaria sendo mudado pelo Congresso. Não é verdade, nunca optamos pelo desarmamento; fomos, ao contrário, expressos ao rejeitá-lo, mas, ainda assim, ele nos vem sendo imposto.64

Sobre a interpretação da época que repercute até hoje,o Professor Dílio Procópio Drummond de Alvarenga dita que:

> Apesar de o resultado da consulta haver ocorrido de forma a afastar qualquer dúvida quanto à real e insofismável vontade do povo brasileiro, multiplicam-se, entre os perdedores, aqueles recalcitrantes que procuram desmerecer a conquista alcançada pelos seus opositores, ao sustentarem, até, que o referendo em nada alterou a situação vigente, o que demonstra a inútil forma - obtusa, tacanha e teimosa, de procurar minimizar a importância e o alcance do ato cívico levado a efeito. Será que somente o resultado contrário teria relevante eficácia? Se assim fosse, o referendo teria sido

64_____. **Não optamos pelo desarmamento, mas ele vem sendo imposto**. UOL. Publicado em 16 de outubro de 2015. Disponível em:https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/10/16/nao-optamos-pelo-desarmamento-mas-ele-nos-vem-sendo-imposto.htm. Acesso em 16 out 2019

totalmente despiciendo, configurando uma verdadeira farsa, teatralizada só para conferir ares de legitimidade à prévia postura legislativa. E quanto aos imensos recursos despendidos por este País? Teriam, tão somente, corrido o inútil risco de financiar o nada?

Estarrecido, assisti a algumas entrevistas de certos iluminados quando afirmaram que o resultado do referendo foi, afinal, inteiramente inócuo, já que, exceto o impedimento da vigência do art. 35 do Estatuto do Desarmamento, em nada teria alterado a legislação em vigor, que é por demais rigorosa, a ponto de quase impossibilitar a aquisição da arma pelo particular. Em outras palavras: qualquer que tivesse sido a resposta dada pelo povo, a arma de fogo e a munição estariam longe do alcance do homem comum.

Ora, ninguém, provido do mínimo senso ordinário, nem principalmente o jurista, que seja dotado do requerido senso jurídico, acataria tão estreita interpretação, digna dos rábulas e leguleios, que não merecem ser vistos senão como meros ledores de lei.65

## 6 A CRIMINALIDADE NO BRASIL

Atualmente, cada vez mais o cidadão tem medo de sair de casa, seja de dia ou à noite, pois é crescente o número de assaltos, seguidos de atos violentos praticados, principalmente, em decorrência do crime organizado. As políticas de segurança pública são muitas vezes ineficientes frente à complexidade do crime e aos métodos utilizados para a sua prática.66

De forma alguma se deve afirmar que o problema do Brasil é exclusivamente a violência. Ao afirmar isso, como (por exemplo) a mídia, as autoridades e "especialistas", estamos pondo a culpa em qualquer um que tenha a capacidade de violência. De acordo com a generalização da palavra, um

65 _____. **Projeto de Lei s/n de 2009**. Paes de Lira. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=670913 . Acesso em 17 out 2019.

66 _____. **A questão da criminalidade no Brasil**. Artigo. Disponível em: https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/a-questao-da-criminalidade-no-brasil/63015. Acesso em 16 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

criminoso que comete um crime bárbaro e impiedoso está no mesmo patamar que um pai de família quando age com violência para proteger si e sua família de uma ação criminosa. Portanto, nem toda violência é ruim, e a violência em geral não é o problema do Brasil, tão pouco um fator que contribui para o aumento da criminalidade.67

E quais são as verdadeiras causas da criminalidade? Responder essa pergunta pode parecer um tanto quanto óbvio para alguns, entretanto é mais complicado do que se imagina quando nos aprofundamos no assunto. De princípio vamos analisar brevemente as taxas de homicídios após a promulgação do Estatuto do Desarmamento e em seguida falar sobre a Impunidade, que sem dúvidas é um câncer que está arraigado no Brasil.68

O Estatuto do Desarmamento surgiu com o intuito de reduzir a criminalidade, por meio da total restrição ao acesso às armas de fogo.Esperava-se que restringindo o porte e criando barreiras para aquisição e posse de arma de fogo, os índices de criminalidade por este meio seriam reduzidos.

Segundo dados do Atlas da Violência, em 2006 o número de homicídios tem uma pequena queda, com relação a 2005, ele sobe acima do que fora em 2004, em 2007 cai de novo, para então voltar a subir sem parar. Vejamos:

Figura 1:

67 AGRA, Rodolfo. **Principais elementos que fomentam a criminalidade no brasil**. JusBrasil. 2017. Disponível em: https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/469667549/principais-elementos-que-fomentam-a-criminalidade-no-brasil. Acesso em 17 out 2019.

68*Ibidem.*



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fonte: UOL, 2018.

No ano de 2003, em pleno mensalão o Estatuto do Desarmamento entrou em vigor. A proposta da lei é acabar com a circulação de armas de fogo e diminuir as taxas de homicídios, fato que não ocorreu.69

Fica claro pelos números dos anos seguintes que o Estatuto do Desarmamento não reverteu a tendência de alta nos homicídios. Como já vimos nos capítulos anteriores, as medidas de desarmamento da população não foram acompanhadas por reformas essenciais dos aparatos judiciário, penitenciário e policial, e as quedas no número de homicídios em 2004 e 2005 não possuem correlação estatística com as entregas voluntárias de armas que foram feitas no período, mesmo quando tomadas em nível estadual. Por exemplo, em estados como Sergipe e Ceará, onde foram entregues 16.560 e 24.543 armas respectivamente, entre 1998 e 2008, a criminalidade aumentou em 226,1% e 115,8%. Já no Rio de Janeiro foram entregues 44.065 armas, e o índice caiu 28,7%.

69 AGRA, Rodolfo. **Principais elementos que fomentam a criminalidade no brasil**. JusBrasil. 2017. Disponível em: https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/469667549/principais-elementos-que-fomentam-a-criminalidade-no-brasil. Acesso em 17 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um outro dado interessante: segundo a edição de 2010 dos Indicadores de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, elaborado pelo IBGE, embora o Nordeste seja a região brasileira com o menor número de armas legais, é a que apresenta a maior taxa de homicídios (29,6 por 100 mil habitantes). Em compensação, a Região Sul, que conta com a maior quantidade de armas legais do Brasil, apresenta a menor taxa de homicídios (21,4 por 100 mil habitantes). Para provar que o estatuto foi eficiente na redução dos homicídios seria necessário muito mais do que mostrar os números de dois anos. Na verdade esta é uma tarefa impossível, pois o estatuto não mudou o perfil criminal do Brasil, e não gerou resultados positivos nos índices de crimes violentos. Mas com certeza gerou incômodos a muitos cidadãos de bem que possuíam uma arma em casa.70

O gráfico abaixo deixa claro o impacto do Estatuto sobre a criminalidade:

Figura 2:

70 AGRA, Rodolfo. **Principais elementos que fomentam a criminalidade no brasil**. JusBrasil. 2017. Disponível em: https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/469667549/principais-elementos-que-fomentam-a-criminalidade-no-brasil. Acesso em 17 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fonte: ONG Movimento Viva Brasil.

É inegável que o desarmamento é um dos principais fatores que fomentam a prática de crimes no Brasil.

Claramente observamos uma drástica elevação nos números de homicídios no começo das campanhas de desarmamento nos tempos de 1990 e também em 2003 onde a lei passou a vigorar. Passamos de 11,7 homicídios para cada 100 mil habitantes para 29 por 100 mil habitantes em 2012, e atualmente a taxa continua aumentando.71

Restringir e burocratizar o direito de autodefesa com uma arma de fogo passa muito longe de ser uma solução para os crimes violentos em qualquer sociedade. Nenhum País do mundo teve sucesso com o desarmamento, muito pelo contrário, as taxas de invasão de domicílios, homicídios, estupros, roubos e

71 AGRA, Rodolfo. **Principais elementos que fomentam a criminalidade no brasil**. JusBrasil. 2017. Disponível em: https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/469667549/principais-elementos-que-fomentam-a-criminalidade-no-brasil. Acesso em 17 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

latrocínios só aumentaram. No caso do Brasil onde as leis são frouxas, o mínimo que se poderia fazer era trazer de volta o direito e a liberdade de o povo se armar. Já que os criminosos não temem as punições estatais, então eles têm que temer pelo menos as suas vítimas. Não estamos falando de justiça com as próprias mãos, mas sim de autodefesa.72

Fabrício Rebele dita:

> "Equilibrar as forças entre criminosos e suas vítimas é o papel essencial das armas de fogo em poder do cidadão, criando no agressor a dúvida acerca da confrontação. Não se trata, obviamente, de substituir a ação punitiva estatal pela reação. Legítima defesa não se confunde com justiçamento e não tem o objetivo de punir o agressor, mas preservar a vítima. " 73

Sem dúvidas a impunidade é a maior causa da criminalidade no País, a mais ampla e complexa. O excesso de leis que temos não é sinônimo de efetividade, muito pelo contrário, o excesso de leis frouxas é a causa da criminalidade. Já dizia o velho e sábio ditado americano que sentenças fracas fazem criminosos fortes.74

O incentivo para punir quem comete um crime é a eficácia da lei.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, por ano, somente 28% dos processos são resolvidos. Por problemas de prazo ou nulidade, os nossos processos levem em média 4 anos e 4 meses para serem julgados. Segundo a Associação Americana de Advogados, em média um processo lá leva 2 anos para ser julgado.

---

72 AGRA, Rodolfo. **Principais elementos que fomentam a criminalidade no brasil**. JusBrasil. 2017. Disponível em: https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/469667549/principais-elementos-que-fomentam-a-criminalidade-no-brasil. Acesso em 17 out 2019.

73*Ibidem*

74*Ibidem*



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esse problema está diretamente ligado à regra do jogo presente no Código de Processo Penal. Ele é o grande freio na velocidade de julgamento do país.75

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a permanência de uma pessoa na prisão em nosso país é de aproximadamente um ano (367 dias), enquanto nos Estados Unidos é de 2952 dias. Os presos brasileiros ficam 8 vezes menos tempo reclusos que os presos americanos.Com isso, a informação que nossa justiça passa aos criminosos é que ao ser preso ele perderá apenas um ano de vida longe do convívio social e depois será solto.76

Jair Messias Bolsonaro foi eleito Presidente da República em 2018 justamente com uma campanha desfavorável a essa impunidade, a favor de leis mais severas, e acabou aparentando a todos tolerância zero com o crime.

Em 2019 os índices de homicídios, mortes violências, vem caindo.

A tendência de queda nos homicídios do país foi antecipada pelo **G1** no balanço dos dois primeiros meses do ano, que apresentaram redução de 25% em relação ao mesmo período do ano passado, e no balanço das mortes violentas de 2018, que teve a maior queda dos últimos 11 anos da série histórica do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com 13%.77

Figura 3:

---

75 MACHADO, Heitor. **A impunidade no Brasil é um convite ao crime.** Artigo. Publicado em 13 de dezembro de 2017. Disponível em:https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/. Acesso em 15 out 2019.

76*Ibidem*

77 _____. **Em cinco meses, Brasil registra 17.9 mil mortes violentas; queda de 22% em relação ao ano passado.** Publicado em 13 de julho de 2019. G1. Disponível em:https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/07/13/em-cinco-meses-brasil-registra-179-mil-mortes-violentas-queda-e-de-22percent-em-relacao-ao-ano-passado.ghtml. Acesso em 16 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fonte: Foto: Diana Yukari e Guilherme Gomes/G1

Segundo o G1, essa tendência de queda, se deu pelos motivos: Ações mais rígidas em prisões, como constantes operações de revistas e implantação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD); O Isolamento ou transferência de chefes de grupos criminosos para presídios de segurança máxima; Acriação de secretaria exclusiva para lidar com a administração penitenciária; A criação de delegacia voltada à investigação de casos de homicídios; A integração entre as forças de segurança e justiça.

Portanto, o desarmamento civil indiscutivelmente trouxe como consequências o aumento dos crimes, quem saiu prejudicado foi tão somente o cidadão, que dificilmente pode possuir uma arma de fogo para se defender das ações criminosas. Por outro lado, os criminosos estão cada vez mais armados, muitas das vezes mais poderosas que as dos policiais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A impunidade juntamente com o desarmamento civil são fatores que contribuem para o aumento dos crimes.

## 7 PORTE X POSSE DE ARMA DE FOGO

Atualmente o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) proíbe (em regra) o porte de arma de fogo e tipifica a sua posse.

Entende-se por posse de arma o fato da pessoa tê-la em lugar determinado podendo ser uma propriedade como casa, sítio ou fazenda ou local de trabalho sem sair com ela daquelas dependências enquanto o porte é fato do titular da arma sair daquele determinado local com a arma, conforme definição do doutrinador Fernando Capez.

> Haverá a configuração típica sempre que as ações de possuir ou manter sob guarda arma de fogo, acessórios ou munições forem praticadas com desrespeito aos requisitos constantes da Lei n. 10.826/2003 ou de seu Regulamento, por exemplo, posse de arma de fogo sem o registro concedido pela autoridade competente (art. 5º, § 1º, da Lei) ou com prazo de validade expirado (art. 5º, § 2º, da Lei). (Capez 2014, p. 241)."78

### 7.1 Requisitos para a posse

Antes do Decreto n° 9.847, de 25 de Junho de 2019, de acordo com a Lei 10.826/03,era preciso declarar a efetiva necessidade, ou seja, o cidadão interessado na posse tinha que apresentar uma justificativa à Polícia Federal explicando a **efetiva necessidade.**

FACCIOLLI, (2010 p. 80), já criticava a "declaração de efetiva necessidade", pois entende ser critério subjetivo, senão, verifica-se:

> O direito à aquisição (melhor ainda: o direito ao acesso à propriedade – de arma de fogo) é, essencialmente, um tema que gravita na órbita constitucional. A legitimação à

78 CAPEZ, Fernando **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial 4**.Jusbrasil. 7°ed. 2011. 98p. Disponível em: <https://coolbreeze.jusbrasil.com.br/artigos/400198785/estatuto-dodesarmamento>. Acesso em: 02 Setembro 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> propriedade somente pode ser limitada pela funcionalidade social do bem, sendo a segurança consagrada como um direito social fundamental na Lex máxima. A presente assertiva é importante pois, ao longo do texto normativo, percebe-se o intento em criar embaraços ao cidadão de bem em adquirir uma arma de fogo. Arriscamo-nos a ir mais longe e constatar uma vontade em desestimular não a aquisição, mas a própria intenção na propriedade – mina-se a expectativa pelo direito, por via oblíqua.79

A lei não especificava os casos em que a posse de arma era concedida, cabia ao agente avaliador essa decisão, o atual decreto traz uma descrição dos casos que se encaixam na **"efetiva necessidade".** São eles:

> Residir em cidade ou estado com taxa de homicídios superior a 10 para cada 100 mil habitantes;
>
> Morar na zona rural;
>
> Ter estabelecimento comercial ou industrial;
>
> Ser militar;
>
> Ser agente público na área da segurança pública, administração penitenciária, sistema socioeducativo, Agência Brasileira de Inteligência (Abin) e no Exército;
>
> Ser atirador, caçador ou colecionador registrado no Exército.80

Além dos requisitos da Lei 10.826/03, artigo 4º, que são:

> I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar

79 FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo.** Juruá 10ª ed. São Paulo. 2017.

80CAMPOS, Lorraine Vilela. "**Diferença entre posse e porte de armas**"; Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/diferenca-entre-posse-porte-armas.htm. Acesso em 07 de outubro de 2019.

respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008);

II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.81

Há também os requisitos do artigo 12° do Decreto Nº 9.847, de 25 de Junho de 2019 quais sejam:

I - ter, no mínimo, vinte e cinco anos de idade;

II - apresentar original e cópia de documento de identificação pessoal;

III - comprovar a idoneidade moral e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais das Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral;

IV - apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência fixa;

V - comprovar, periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio da arma de fogo; e

VI - comprovar a aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo credenciado pela Polícia Federal.82

81 BRASIL. **Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em 17 out 2019.

82 BRASIL. **12° do Decreto Nº 9.847, de 25 de Junho de 2019**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Preenchido todos os requisitos anteriores, o SINARM (Sistema Nacional de Armas) autorizará a compra da arma de fogo, sendo que o certificado de registro será expedido pela Polícia Federal.

O novo Código Civil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, alterou a idade de referência para a maioridade, determinando que "a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil"

O Código Penal de 1940, com as modificações na parte geral trazidas em 1984, ainda em vigor, estabelece que a responsabilidade penal inicia-se aos 18 anos.

É de se considerar que, no direito brasileiro, o critério para a fixação da idade em que o indivíduo atinge a maioridade, tornando-se capaz para todos os atos da vida civil, baseia-se na presunção de maturidade psicológica e física.

Apesar de na esfera civil o indivíduo ser habilitado pelos seus atos, e no Código Penal o indivíduo ser penalizado, ainda no Decreto de 2019 traz o critério de se ter no mínimo 25 anos de idade para possuir uma arma de fogo.

FACCIOLLI (2010 p. 331), nos reza acerca do tema:

> A intenção do legislador foi clara: desarmar as faixas etárias com idade inferior a 25 anos por acreditar que, com esta medida reduziria os níveis de violência e homicídios no Brasil. A idade – 25 anos – por si só não pode ser usada como termômetro para avaliar o grau de maturidade ou de responsabilidade do cidadão. O uso de armas é atividade técnica, que, por si só, contribui para disciplinar o indivíduo. O tiro não é uma modalidade desportiva?.83

Ainda citando FACCIOLLI, (2010 p. 331), quanto á busca da maioridade civil, este afirma:

---

cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm. Acesso em 17 out 2019.

83 FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo.** Juruá 10ª ed. São Paulo. 2017.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O esforço do legislador foi enorme ao longo de mais de oitenta anos em busca da unificação das maioridades civil-penal, o que somente conseguiu-se quando da vidência do novo Código Civil, em 2003. No mesmo ano, por via oblíqua e inconstitucional, cria-se uma nova modalidade de maioridade.

Verifica-se ante o exposto, que a maioridade torna-se um tanto quanto embaraçada, já que para cumprir com o direito de cidadão e votar para os cargos eletivos em âmbito regional ou federal, é de 16 anos, conduzir um veículo por exemplo, a maioridade considera-se aos 18 anos de idade, para ser candidato à prefeito ou deputado federal, a maioridade é de 21 anos, já para adquirir ou portar uma arma de fogo, o sujeito torna-se capaz apenas aos 25 anos de idade.84

Tais fatos são verdadeiros atentados contra o princípio da isonomia, visto que indivíduos que tem por ofício, por exemplo, a profissão de policial, ou militar, mesmo que menor de 25 anos de idade poderá adquirir e portar uma arma de fogo, e outro, com profissão diversa destas, não poderá.85

## 8 A LEGÍTIMA DEFESA

Sabe-se que o instituto da legítima defesa trata-se de causa de exclusão da ilicitude, contudo, para ser reconhecida, deve o ofendido atuar em conformidade com os limites impostos pelo legislador.

Atualmente, a legítima defesa prevista no Código Penal Brasileiro é definida como reação à agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, através de meios necessários e moderados. Portanto, percebe-se que não é legítima a defesa perpetrada sem a observância desses critérios legais limitadores.

---

84 VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia apresentada a CESUL. 2012. Disponível em: https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf. Acesso em: 15 ago 2019.

85VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia apresentada a CESUL. 2012. Disponível em: https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf. Acesso em: 15 ago 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O instituto da legítima defesa apresenta dois fundamentos: o primeiro é a defesa do ordenamento jurídico, afetando ante uma agressão injusta, o segundo é a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão.

Nucci (2009, p. 250) define com mais detalhes este conceito:

> É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários. Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. 86

Nucci (2009, p. 250) complementa ao enfatizar a prática da legítima defesa perante a impotência do Estado:

> Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através de seus agentes. 87

Entretanto, GRECO (2003, p. 378) ressalta outros quesitos que complementam o conceito da legítima defesa. Para ele, quando falamos nessa seara do Direito, ela não pode ser confundida com vingança, vejamos:

> Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja numa situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável. Constitucionalmente pela nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou de terceiros. 88

---

86 NUCCI, Guilherme de Souza. ***Curso de Direito Penal - parte geral*** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p 176.

87*Ibidem*

88 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral, volume 1. 20. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Podemos, dessa forma, entender que o instituto jurídico da Legítima Defesa constitui uma circunstância de justificação por não atuar contra o direito quem reage para tutelar direito próprio ou alheio, ao qual o Estado não pode, dadas as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção.

A legítima defesa, além de ser um instinto básico elementar, inseparável da condição do ser humano, acompanhando-o desde o seu nascimento e persistindo durante toda a sua vida, por lhe ser natural o comportamento de defesa quando injustamente agredido por outra pessoa, é também um direito natural e, principalmente, um direito constitucional explícito.

Com efeito, a Constituição Federal, ao garantir a segurança, a propriedade, a incolumidade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e a dignidade da pessoa humana, implicitamente está assegurando os meios para que todas essas garantias possam ser efetivas.89

A lei nº 10.826/2003 deve ser interpretada, de maneira evolutiva, para que cumpra efetivamente seu papel de instrumento de dissuasão, amoldando-se melhor às garantias constitucionais acima referidas.

As chamadas causas de exclusão de antijuridicidade/ilicitude estão elencadas no artigo 23° da Parte Geral do Código Penal brasileiro:

> Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
>
> I - em estado de necessidade;
>
> II - em legítima defesa;
>
> III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.90

Assim sendo, o sujeito que age em concordância com as condutas elencadas nesse dispositivo, estará resguardado pela exclusão de ilicitude,

---

89 DALLARI, Adilson Abreu. **Decreto das armas e o regulamento do direito à legítima defesa**.ConJur. 30 de maio de 2019. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/interesse-publico-regulamento-direito-legitima-defesa. Acesso em 18 out 2019.

90 BRASIL, **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 05 Set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constituindo uma exceção à regra, onde o fato permanece típico, porém, deixa de ser considerado crime, com a consequente absolvição do agente.

César Roberto Bitencourt, dita que:

> A legítima defesa é um dos institutos jurídicos melhor elaborados através dos tempos, representa uma forma abreviada de realização da justiça penal e da sua sumária execução, Afirma-se que a legítima defesa representa uma verdade imanente à consciência jurídica universal, que paira acima dos códigos, como conquista da civilização.91

Rogério Greco muito bem explana sobre o assunto, ressaltando que:

> Como é do conhecimento de todos, o Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa.92

## 9 MULHERES E O PORTE DE ARMA DE FOGO

Todos os dias, um número significativo de mulheres, jovens e meninas são submetidas a alguma forma de violência no Brasil. Assédio, exploração sexual, estupro, tortura, violência psicológica, agressões por parceiros ou familiares, perseguição, feminicídio. Sob diversas formas e intensidades, a violência de gênero é recorrente e se perpetua nos espaços públicos e privados, encontrando nos assassinatos a sua expressão mais grave.93

---

91 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. volume 1: parte geral. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

92 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral, volume 1. 20. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

93 _____. **Dossiê Feminicídio: Por que as taxas brasileiras são tão alarmantes**. Disponível em:https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/qual-a-dimensao-do-problema-no-brasil/. Acesso em 18 out 2019.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No dia 15 de Outubro de 2019 foi debatido sobre os impactos da flexibilização do acesso a armas, no combate ao feminicídio, na Câmara *dos Deputados.*

*Segundo as* debatedoras ouvidas pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher a ampliação do porte e posse de armas de fogo poderia aumentar os riscos para as mulheres e impactar os índices de feminicídio94

Ocorre que o número de vítimas do sexo feminino só cresceu de 3.937, em 2003, para 4.762 assassinatos registrados em 2013, ou seja, um aumento de 21% em uma década. **Essas quase 5 mil mortes representam 13 assassinatos de mulheres por dia em 2013.95**

Diante deste cenário de violência muitas mulheres estão passando por grandes dificuldades no seu dia a dia devido ao medo de se tornarem vítimas de crimes sexuais, principalmente ser vítima do estupro. Um crime absolutamente bárbaro e desumano que está fazendo com que as mulheres passem por momentos de pânico pelo simples fato de andarem sozinhas à noite, ou até mesmo na luz do dia. 96

A morte de mulheres só cresce, mesmo com a restrição do porte e posse de armas de fogo.

Em contra partida a opinião das debatedores, a representante do Ministério da Justiça, Thaylize Rodrigues disse que não há dados concretos mostrando que a flexibilização de armas de fogo poderá aumentar os feminicídios ou a violência contra a mulher. Ela citou dados das secretarias de segurança pública dos estados mostrando que no, Distrito Federal, em 2018, 37% dos feminicídios foram

---

94 _____. **Para especialistas, ampliação do porte de armas de fogo pode aumentar riscos para mulheres**. Publicado em 15 de outubro de 2019. Disponível em:https://www.camara.leg.br/noticias/599507-para-especialistas-ampliacao-do-porte-de-armas-de-fogo-pode-aumentar-riscos-para-mulheres/. Acesso em 18 out 2019.

95 _____. **Dossiê Feminicídio: Por que as taxas brasileiras são tão alarmantes**. Disponível em:https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/qual-a-dimensao-do-problema-no-brasil/. Acesso em 18 out 2019.

96https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/395289209/uma-mulher-armada-e-uma-mulher-segura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

praticados com armas brancas, como facas, e 22% com arma de fogo. Já no estado de São Paulo, em 2018, 58% dos feminicídios foram praticados com faca ou outra arma branca, e 17% com armas de fogo. "O simples desarmar não é a solução dos nossos problemas", avaliou.97

Outro diferencial percebido nos registros é que, ao passo que nos homicídios masculinos prepondera largamente a utilização de arma de fogo (73,2% dos casos), nos femininos é maioria (51,2%) a incidência de estrangulamento/sufocação, instrumento cortante/penetrante, objeto contundente e outros – meios que indicam não só a proximidade entre o homicida e a vítima, mas também sinaliza a crueldade peculiar de crimes associados à discriminação e ao menosprezo em relação à mulher.98

Ou seja, em regra é evidente que homens e mulheres são diferentes, biologicamente as mulheres possuem um potencial de força menor que os homens, não sendo capazes de se defender para igual contra um agressor.

A arma de fogo é o único objeto de uso pessoal capaz de fazer com que uma mulher de 50 kg esteja em pé de igualdade com um agressor de 100 kg; com que um octogenário esteja em pé de igualdade com um marginal de 20 anos; e com que um cidadão sozinho esteja em pé de igualdade com 5 homens carregando porretes.99

O grande problema que enfrentamos são as críticas feitas ao armamento civil. A grande mídia, por exemplo, que expõe uma falsa realidade sobre assunto sempre condenando e culpando uma arma de fogo usada por um criminoso para

---

97 _____. **Para especialistas, ampliação do porte de armas de fogo pode aumentar riscos para mulheres**. Publicado em 15 de outubro de 2019. Disponível em:https://www.camara.leg.br/noticias/599507-para-especialistas-ampliacao-do-porte-de-armas-de-fogo-pode-aumentar-riscos-para-mulheres/. Acesso em 18 out 2019.

98 _____. **Dossiê Feminicídio: Por que as taxas brasileiras são tão alarmantes**. Disponível em:https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/qual-a-dimensao-do-problema-no-brasil/. Acesso em 18 out 2019.

99 _____. **Arma de fogo é a civilização**. Artigo. Disponível em:https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2146. Acesso em 18 out 2019.

fins ilícitos. O que é mostrado pela imprensa é: "Arma de fogo mata fulano devido a uma briga de bar", mas não mostra que quem estava por trás da arma era um sujeito com antecedentes criminais que deveria estar preso, mas está em pleno gozo de liberdade devido à impunidade.100

E antes que você pense o contrário – não, dizer isso não é apontar que basta carregar um revólver na bolsa e seus problemas estarão resolvidos. Longe disso. Mas é inegável que mulheres treinadas na posse de uma arma de fogo tendem a obter resultados mais satisfatórios em sua própria defesa em momentos de ataques. E essa está longe de ser uma ideia nova. Na década de 60, a prefeitura de Orlando, nos Estados Unidos, viu uma queda de 90% do número de estupros de mulheres após oferecer treinamento com armas de fogo a elas. A tendência acompanha outras análises com mulheres armadas em todo mundo.101

Na Índia, onde casos de estupros coletivos ganham cada vez maior destaque na imprensa internacional, a companhia estatal IndianOrdnanceFactory decidiu lançar no ano passado uma arma para mulheres que buscam proteção contra estupros: um revólver calibre 32 com apenas 500 gramas, que cabe perfeitamente em uma bolsa feminina. A arma recebeu o nome de Nirbheek, em homenagem à estudante que chocou o mundo ao ser morta brutalmente após um estupro coletivo em dezembro de 2012, em Nova Déli. Segundo as autoridades, no primeiro mês após o crime, a polícia indiana recebeu em média 1200 ligações por dia de mulheres procurando se informar como obter a licença de uma arma.102

De acordo com o Departamento de Segurança Pública do Texas, 1.017.618 de texanos agora têm autorização para andarem armados, apresentando uma taxa de homicídios de 4,4 por 100 mil habitantes. É a menor taxa de homicídios desde a década de 60, mas isso não para por aí, pois, segundo Bene Barbosa, até 2012 a

---

100 AGRA, Rodolfo. **Uma mulher armada é uma mulher segura.** Artigo. Disponível em:https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/395289209/uma-mulher-armada-e-uma-mulher-segura. Acesso em 20 set 2019.

101 SILVA, Rodrigo da. **Você é mulher e não aguenta mais ter medo de sofrer violência sexual? Lute contra o desarmamento.** Artigo. 2015. Disponível em: https://spotniks.com/voce-e-mulher-e-nao-aguenta-mais-ter-medo-de-sofrer-violencia-sexual-lute-contra-o-desarmamento/. Acesso em 19 out 2019.

102*Ibidem*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

redução dos crimes violentos em geral foi de 49%. O maior impacto foi nos estupros, onde despencaram 59%, ou seja, a menor taxa de todas.103

A explicação para essa impressionante queda nos números de estupros está totalmente relacionada ao grande número de autorização ao porte de armas, visto que, desses mais de um milhão, cerca de 26% são portes concedidos as mulheres. Em números mais precisos, são quase 270 mil mulheres armadas no estado do Texas.

A resistência com uma arma será eficaz?

Ao examinar os dados fornecidos entre 1979 e 1987 pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, o economista Lawrence Southwick descobriu que a probabilidade de ferimentos graves gerados graças a um ataque é 2,5 vezes maior para as mulheres que oferecem nenhuma resistência do que para mulheres que resistem com uma arma. Em contraste, a probabilidade de mulheres serem gravemente feridas era quase 4 vezes maior quando elas resistiam sem uma arma do que quando resistiam com uma arma.104

No Brasil, a procura por armas cresce entre as mulheres em Belo Horizonte, clubes especializados, despachantes e lojas do ramo asseguram que a procura cresceu consideravelmente entre o público feminino. Em alguns casos, o aumento chega a 60%. Legítima defesa e até mesmo hobby são os principais argumentos apresentados.105

A nutricionista esportiva, Helen Carolina Artur, de 37 anos, realizou aulas e também pretende obter a licença para aumentar a própria segurança. "Acredito que

---

103BARBOSA, Bene**. Texas ultrapassa 1 milhão de portes de armas; 270 mil são de mulheres.** Disponível em: <http://www.cadaminuto. Com. Br/noticia/277217/2016/05/19/texas-ultrapassa-um-milhão-de-portes-de-armas-270-mil-são-mulheres> Acesso em 23 set 2019.

104 SILVA, Rodrigo da. **Você é mulher e não aguenta mais ter medo de sofrer violência sexual? Lute contra o desarmamento.** Artigo. 2015. Disponível em: https://spotniks.com/voce-e-mulher-e-nao-aguenta-mais-ter-medo-de-sofrer-violencia-sexual-lute-contra-o-desarmamento/. Acesso em 19 out 2019.

105 NASCIMENTO, Simon. **Procura por armas cresce entre as mulheres em BH**. Hoje em Dia. Publicado em 01 de agosto de 2019. Disponível em:https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/procura-por-armas-cresce-entre-as-mulheres-em-bh-1.732416. Acesso em 18 out 2019.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estando armada, e treinada, a chance de defesa, caso uma pessoa coloque uma arma na minha direção, aumenta". 106

O fato de que uma arma de fogo facilita o uso de força letal é algo que funciona unicamente em prol da vítima mais fraca, e não em prol do agressor mais forte. O agressor mais forte não precisa de uma arma de fogo para aniquilar sua vítima mais fraca. Já a vítima mais fraca precisa de uma arma de fogo para sobrepujar seu agressor mais forte. Se ambos estiverem armados, então estão em pé de igualdade.107

9.1 Lei 13.880/19 - apreensão de arma de fogo do autor de violência doméstica

O presidente Jair Bolsonaro sancionou o Projeto de Lei nº 17/2019, que altera a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) para permitir a apreensão de arma de fogo de agressor em casos de violência doméstica. O projeto alterou dois artigos da lei. Um deles permite que assim o registro da ocorrência seja feita, a autoridade policial possa verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo. Caso possua, uma notificação deve ser expedida à instituição responsável pela concessão do registro.108

O art. 12 da Lei Maria da Penha trata das providências que o delegado de polícia deve adotar de imediato nas situações de violência doméstica, passando a prever no inciso VI-A que o delegado deve "verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo e, na hipótese de existência, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento)".109

---

106*Ibidem*

107 _____. **Arma de fogo é a civilização**. Artigo. Disponível em:https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2146. Acesso em 18 out 2019.

108 VILELA, Pedro Rafael. **Projeto que prevê apreensão de arma de agressor é sancionado**. Agência Brasil. Publicado em 08 de outubro de 2019. Disponível em:http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-10/projeto-que-preve-apreensao-de-arma-de-agressor-e-sancionado. Acesso em 18 out de 2019.

109 _____. **A lei 13.880/19 e a apreensão de arma de fogo do autor de violência**. Migalhas. 2019. Disponível em:https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI312848,11049-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A alteração na lei não permite que o delegado de polícia suspenda o porte ou posse de arma ou que a apreenda, imediatamente, em razão da prática de violência doméstica. A arma poderá ser apreendida pelo delegado, de imediato, somente se tiver sido utilizada na prática do crime, como apontar a arma para ameaçar ou efetuar disparos de arma de fogo.110

O Delegado deverá informar nos autos da prisão em flagrante ou do inquérito se o agressor possui arma de fogo ou autorização para ter e caso possua deverá constar nos autos e comunicar a ocorrência registrada à instituição responsável pela concessão do registro ou emissão do porte.A informação nos autos de que o agressor possui arma de fogo é relevante para que o juiz determine a sua apreensão. 111

Outro ponto alterado da lei passa a permitir que o juiz, após receber o pedido da vítima, possa determinar a apreensão imediata da arma de fogo sob a posse do agressor.

O art. 18 da Lei Maria da Penha prevê as providências a serem adotadas pelo juiz ao receber os autos que relatam a violência doméstica, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, e passa a prever no inciso IV que caberá ao juiz "determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor".112

A medida é salutar. A juntada da informação aos autos serve para deixar mais evidenciada a situação de risco à mulher violentada, pois que a presença de uma arma de fogo em uma situação como essa obviamente incrementa o perigo de progressão criminosa, tão comum na violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso poderá então servir de parâmetro para a concessão de medidas protetivas de urgência, dentre elas a suspensão ou restrição da posse e/ou porte

---

A+lei+1388019+e+a+apreensao+de+arma+de+fogo+do+autor+de+violência. Acesso em 18 out 2019.

110 _____. **A lei 13.880/19 e a apreensão de arma de fogo do autor de violência**. Migalhas. 2019. Disponível em:https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI312848,11049-A+lei+1388019+e+a+apreensao+de+arma+de+fogo+do+autor+de+violência. Acesso em 18 out 2019.

111*Ibidem*

112*Ibidem*



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

por determinação Judicial, conforme consta do artigo 22, I e § 2º., da Lei 11.340/06.113

## 10 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o verdadeiro objetivo do Estado brasileiro em desarmar a população, é deixar o cidadão desprotegido do próprio Estado, caso esse decida agredir injustamente aquele. Muitos foram os exemplos na história em que o Estado desarmou seus cidadãos para em seguida impor suas políticas genocidas, impedindo que o cidadão se rebele com a arma de fogo, objeto este que é o meio mais eficaz para se proteger.

Isso só prova o quanto a restrição de armamento de defesa para a população civil afeta diretamente a vida do cidadão que é privado de se defender, sendo que ele próprio acabou cedendo esse direito ao ente Estatal e quando não recebe a proteção devida, também se depara com legislações que ferem a liberdade e o direito a vida.114

A norma legal deve ser interpretada em consonância com os direitos e garantias fundamentais afirmados pela Constituição, não observado isso, atenta escancaradamente contra a ordem jurídica criar uma proibição sem correspondência com um interesse geral e que, ao contrário, dificulta ou impede a plenitude de direitos fundamentais expressamente garantidos. 115

A Lei 10.826/03 trouxe a população sérios reflexos negativos no que diz respeito à segurança, a vida, a liberdade e a autodefesa do cidadão comum, ela

---

113 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Porte e posse de arma de fogo e violência doméstica contra mulher.** Artigo. Publicado em 14 de outubro de 2019. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/porte-e-posse-de-arma-de-fogo-e-violencia-domestica/. Acesso em 18 out 2019.

114SILVA, Sílvio Henry da. **O estatuto do desarmamento e sua (re)discussão**. Monografia apresentada a Universidade Federal de Santa Maria. 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11444/Monografia%20A%20rediscuss%c3%a3o%20do%20Estatuto%20do%20Desarmamento.pdf?sequence=1%3E. Acesso em 18 out 2019.

115 DALLARI, Adilson Abreu. **Decreto das armas e o regulamento do direito à legítima defesa**.ConJur. 30 de maio de 2019. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/interesse-publico-regulamento-direito-legitima-defesa. Acesso em 18 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

prejudica a segurança pública, pois esta, não impede que as armas cheguem às mãos de pessoas determinadas a incorrer na prática de crimes, e por outro lado, dificulta ou até mesmo impede que vítimas em potencial, portem ou possuam armas para repelir possíveis agressões, pois afinal, o Estatuto do Desarmamento teve um efeito reverso ao esperado, ao menos para o Estado idealizador do movimento, e que por conseguinte, a Lei de Armas só desarmou o cidadão seguidor da lei.116

Liberar o porte de armas, por si só, fará do nosso País um lugar mais seguro.

O impulso governamental de desarmar o cidadão comum com o argumento de frear a violência e os homicídios apresentou-se totalmente ineficaz, só privou o indivíduo de exercer sua legítima defesa e em nenhum aspecto, trouxe maior segurança para o cidadão. Neste sentido, resulta que o maior efeito produzido pelo Estatuto do Desarmamento, foi uma infringência ao direito do cidadão, o direito a segurança, não só no sentido estrito da palavra, mas no seu sentido amplo, considerando que a aquisição de uma arma e a concessão do respectivo porte legal do armamento (resguardados todos os requisitos de aptidão e conformidades para habilitação) é um meio, um mecanismo para o exercício do direito de legítima defesa. 117

Uma mulher com preparo para portar uma arma em seu dia a dia é certamente sinônimo de mais segurança. Podemos considerá-la como mais um membro público em prol da ordem social.

Como demonstrado ao decorrer desta monografia o direito à legítima defesa não pode continuar sendo violado, bem como o direito de portar uma arma de fogo, que é o meio mais eficaz para utilizar deste instituto.

---

116 VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia apresentada a CESUL. 2012. Disponível em: https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf. Acesso em: 15 ago 2019

117_____. **Estatuto do desarmamento e seus reflexos**. 2017. Disponível em: http://www.faef.br/userfiles/files/15%20%20ESTATUTO%20DO%20DESARMAMENTO%20E%20SEUS%20REFLEXOS.pdf. Acesso em 18 out 2019.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pudemos ver um avanço com o Projeto de Lei nº 17/2019, que permite a apreensão de arma de fogo de agressor em casos de violência doméstica, porém resta aguardar como serão os resultados na prática.

**REFERÊNCIAS**

_____. **Dossiê Feminicídio: Por que as taxas brasileiras são tão alarmantes**. Disponível em:https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/qual-a-dimensao-do-problema-no-brasil/. Acesso em 18 out 2019.

_____. **Arma de fogo é a civilização**. Artigo. Disponível em:https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2146. Acesso em 18 out 2019.

_____. **A lei 13.880/19 e a apreensão de arma de fogo do autor de violência**. Migalhas. 2019. Disponível em:https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI312848,11049-A+lei+1388019+e+a+apreensao+de+arma+de+fogo+do+autor+de+violência. Acesso em 18 out 2019.

_____. **Para especialistas, ampliação do porte de armas de fogo pode aumentar riscos para mulheres**. Publicado em 15 de outubro de 2019. Disponível em:https://www.camara.leg.br/noticias/599507-para-especialistas-ampliacao-do-porte-de-armas-de-fogo-pode-aumentar-riscos-para-mulheres/. Acesso em 18 out 2019.

_____. **Saiba mais sobre a história das armas de fogo**. Artigo. Disponível em: http://noticias.terra.com.br/brasil/referendodesarmamento/interna/0,,OI692818-EI5475,00.html. Acesso em 20 set 2019

_____. **Arma de Fogo**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Arma_de_fogo. Acesso em 28 set 2019.

_____. **O porte de armas no Brasil**. Disponível em:https://redacaonline.com.br/temas-de-redacao/o-porte-de-armas-no-brasil/163108. Acesso em 16 out 2019.

_____. **Não optamos pelo desarmamento, mas ele vem sendo imposto**. UOL. Publicado em 16 de outubro de 2015. Disponível em:https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/10/16/nao-optamos-pelo-desarmamento-mas-ele-nos-vem-sendo-imposto.htm. Acesso em 16 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. **A questão da criminalidade no Brasil**. Artigo. Disponível em: https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/a-questao-da-criminalidade-no-brasil/63015. Acesso em 16 out 2019.

_____. **Em cinco meses, Brasil registra 17.9 mil mortes violentas; queda de 22% em relação ao ano passado.** Publicado em 13 de julho de 2019. G1. Disponível em:https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/07/13/em-cinco-meses-brasil-registra-179-mil-mortes-violentas-queda-e-de-22percent-em-relacao-ao-ano-passado.ghtml. Acesso em 16 out 2019.

ABRA. Ana Beatriz Berneculli Borges. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade.** Artigo. Publicado em 09 de maio de 2019. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52868/a-ineficacia-do-estatuto-do-desarmamento-na-reducao-da-criminalidade. Acesso em 17 ago 2019.

AGRA, Rodolfo. **Uma mulher armada é uma mulher segura.** Artigo. Disponível em:https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/395289209/uma-mulher-armada-e-uma-mulher-segura. Acesso em 20 set 2019.

AGRA, Rodolfo. Por que ter uma arma é a maior das liberdades?.Jusbrasil. Disponível em: <https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/485218252/por-que-ter-uma-arma-e-a-maior-das-liberdades> Acesso em: 15 Out 2019.

AGRA, Rodolfo. **Principais elementos que fomentam a criminalidade no brasil**. JusBrasil. 2017. Disponível em: https://rodolfoagra96.jusbrasil.com.br/artigos/469667549/principais-elementos-que-fomentam-a-criminalidade-no-brasil. Acesso em 17 out 2019.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A constitucionalidade da lei de controle de armas de fogo e a redução da criminalidade**. São Paulo: Revista Imes, 1999.

BELVEDERE, Rosane. **A falácia do Estatuto de desarmamento**. Jusbrasil.2017. Disponível em: <https://rozany.jusbrasil.com.br/artigos/432323234/a-falacia-do-estatuto-dedesarmamento>. Acesso em: 02 Setembro 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. volume 1: parte geral. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 05 Set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 Set. 2019.

BRASIL. **12° do Decreto Nº 9.847, de 25 de Junho de 2019**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm. Acesso em 17 out 2019.

BRASIL. **Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em 17 out 2019.

BRASIL, **Código Tribunal Nacional**. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 Out. 2019.

BARBOSA, Bene**. Texas ultrapassa 1 milhão de portes de armas; 270 mil são de mulheres.** Disponível em: <http://www.cadaminuto. Com. Br/noticia/277217/2016/05/19/texas-ultrapassa-um-milhão-de-portes-de-armas-270-mil-são-mulheres> Acesso em 23 set 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial** 4.Jusbrasil. 7°ed. 2011. 98p. Disponível em: <https://coolbreeze.jusbrasil.com.br/artigos/400198785/estatuto-dodesarmamento>. Acesso em: 02 Setembro 2019.

CAPEZ, Fernando. **Estatuto do Desarmamento: comentários à Lei n. 10.826**, de 22-12- 2003. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Porte e posse de arma de fogo e violência doméstica contra mulher.** Artigo. Publicado em 14 de outubro de 2019. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/porte-e-posse-de-arma-de-fogo-e-violencia-domestica/. Acesso em 18 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAMPOS, Lorraine Vilela. "**Diferença entre posse e porte de armas**"; Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/diferenca-entre-posse-porte-armas.htm. Acesso em 07 de outubro de 2019.

CASTRO, Sérgio Alberto. **Sobre a violência e as armas**. Artigo. Publicado em 17 de agosto de 2001. Disponível em: http://olavodecarvalho.org/sobre-a-violencia-e-as-armas/. Acesso em 15 ago 2019.

CONQUEST, Robert.**TheGreat Terror: A Reassessment**. Oxford University Press. 2007. Disponível em: https://www.amazon.com/Great-Terror-Reassessment-Robert-Conquest/dp/0195317009/ref=sr_1_1?ie=UTF8&qid=1535870110&sr=8-1&keywords=the+great+terror. Acesso em 15 out 2019.

CAVALCANTI, Themístoles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª Edição Revista, ampliada e atualizada até 30.06.2006. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2006.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**, 11 ed., 1977, Forense, Rio de Janeiro, p. 335

CRETELLA JÚNIOR, José. **Lições de Direito Administrativo**, 21 ed., 1972, José Bushatsky Editor, São Paulo, p. 227

CORRÊA, Andréa Costa. **O poder de polícia das Forças Armadas no exercício da segurança pública**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2771, 1 fev. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/18396. Acesso em: 14 out. 2019

CARVALHO, Antonio Marcos Ximenes. **A inaplicabilidade do Estatuto do Desarmamento e o controle da circulação e utilização de armas de fogo**. Disponível em: http://www.arcos.org.br/artigos/a-inaplicabilidade-do-estatuto-do-desarmamentoeo-controle-da-circulacaoeutilizacao-de-armas-de-fogo/. Acesso em 09 Set. 2019.

CAMPOS, Lorraine Vilela. **Diferença entre posse e porte de armas**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/diferenca-entre-posse-porte-armas.htm. Acesso em 07.Out. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DALLARI, Adilson Abreu. **Decreto das armas e o regulamento do direito à legítima defesa**.ConJur. 30 de maio de 2019. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/interesse-publico-regulamento-direito-legitima-defesa. Acesso em 18 out 2019.

DRGO. **GunsandFreedom: Part 2 – HistoricalVignettesonCivilianDisarmament**. Publicado em 29 de novembro de 2016. Disponível em: https://drgo.us/guns-and-freedom-part-2-historical-vignettes-on-civilian-disarmament-excerpt/. Acesso em 15 out 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2006, p. 105

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**, v. IV, ll ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete Segurança Pública, p. 1.417.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo.** Juruá 10ª ed. São Paulo. 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Aspectos da Teoria do Tipo.** Revista de Direito Penal. Vol. II/74. São Paulo: Saraiva, 1971, p.76

GIACONI, Luiz. **Breve história do desarmamento, parte 2: controle de armas no mundo comunista – A União Soviética**. Artigo. Publicado em 4 de abril de 2014. Disponível em: https://www.defesa.org/breve-historia-do-desarmamento-parte-2-controle-de-armas-no-mundo-comunista-a-uniao-sovietica/. Acesso em 13 out 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral, volume 1. 20. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Referendo de 2005. **TSE**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitosereferendos/referendo-2005 >. Acesso em: 03 Set. 2019.

MACEDO, Aline. **EM 2005, 63% DOS BRASILEIROS VOTAM EM REFERENDO A FAVOR DO COMÉRCIO DE ARMAS**. Globo. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/emdestaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-dearmas-17786376>. Acesso em: 01 Set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MANDEIRO, Carlos. **Com 62,5 mil homicídios, Brasil bate recorde de mortes violentas.**

UOL.Maceio, 05 junho 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/06/05/com-625-mil-homicidios-brasil-bate-recorde-de-mortes-violentas.htm>. Acesso em: 01 Set. 2019.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MONJARDIM, Rosane. **Da administração Pública e do Poder de Polícia.** Artigo. JusBrasil. 2015. Disponível em: https://rmonjardim.jusbrasil.com.br/artigos/189932643/da-administracao-publica-e-do-poder-de-policia. Acesso em 13 out 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOURA, Luiz Henrique Martins. **Desarmamento: Soberania popular x Discricionariedade Administrativa.**JusBrasil. 2019. Disponível em: https://luiizmoura.jusbrasil.com.br/artigos/660468199/desarmamento-soberania-popular-x-discricionariedade-administrativa. Acesso em 16 out 2019.

MACHADO, Heitor. **A impunidade no Brasil é um convite ao crime.** Artigo. Publicado em 13 de dezembro de 2017. Disponível em:https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/. Acesso em 15 out 2019.

NASCIMENTO, Simon. **Procura por armas cresce entre as mulheres em BH**. Hoje em Dia. Publicado em 01 de agosto de 2019. Disponível em:https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/procura-por-armas-cresce-entre-as-mulheres-em-bh-1.732416. Acesso em 18 out 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Curso de Direito Penal - parte geral*** .Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NIÑO, José. **A Brief History of Repressive Regimes and Their Gun Laws**. MISES WIRE. 2018. Disponível em <https://mises.org/wire/brief-history-repressive-regimes-and-their-gun-laws>Acesso em 15 Out 2019

NIÑO, Jose. **South Africacalls for 300,000 gunownerstoturn over theirweapons**. Artigo . Publicado em 17 de julho de 2018. Disponível em: https://www.gunpowdermagazine.com/south-africa-calls-for-300-000-gun-owners-to-turn-over-their-weapons/. Acesso em 14 out 2019.

**O BRASIL É O PAÍS QUE MAIS MATA POR ARMAS DE FOGO NO MUNDO**. Disponível em: <http://old.brasileiros.com.br/2016/08/o-brasil-e-o-pais-que-mais-matapor-arma-de-fogo-no-mundo/>. Acesso em: 02 Set. 2019.

PESSOA, Mário. **O Direito da Segurança Nacional,** Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais/Editores, 1971, São Paulo, p. 7 e ss.

QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. Campinas: Vide Editorial, 2015.

SILVA, Flávia. **Direitos Fundamentais**. DireitoNet. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acesso em 02Set. 2019.

SILVA, Alves Daniel. Regimes totalitários. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/regimes-totalitarios.htm> Acesso em: 15 Out 2019.

SILVA, De Plácito. **Vocabulário Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTr, 2000, p.77

SILVA, Rodrigo da. **Você é mulher e não aguenta mais ter medo de sofrer violência sexual? Lute contra o desarmamento.** Artigo. 2015. Disponível em: https://spotniks.com/voce-e-mulher-e-nao-aguenta-mais-ter-medo-de-sofrer-violencia-sexual-lute-contra-o-desarmamento/. Acesso em 19 out 2019.

SILVA, Sílvio Henry da. **O estatuto do desarmamento e sua (re)discussão**. Monografia apresentada a Universidade Federal de Santa Maria. 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11444/Monografia%20A%20rediscuss%c3%a3o%20do%20Estatuto%20do%20Desarmamento.pdf?sequence=1%3E.Acesso em 18 out 2019.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **Armas de Fogo: São elas as culpadas**?. São Paulo: LTr, 2001, p.15

TORRES, Patricia. CASEY, Nicholas. **Armedcivilianbands in Venezuela propupunpopularpresident**. The New York Times: 22 de abril de 2017. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em:https://www.nytimes.com/2017/04/22/world/americas/armed-civilian-bands-in-venezuela-prop-up-unpopular-president.html. Acesso em 13 out 2019

TACITO, C. **O Poder de Policia e Seus Limites**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, 1952

VIEIRA, Anderson Pozzebon. **A ineficácia do estatuto do desarmamento na redução da criminalidade**. Monografia apresentada a CESUL. 2012. Disponível em: https://www.defesa.org/dwp/wp-content/uploads/2014/05/A-INEFIC%C3%81CIA-DO-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-NA-REDU%C3%87%C3%83O-DA-CRIMINALIDADE.pdf. Acesso em: 15 ago 2019.

VILELA, Pedro Rafael. **Projeto que prevê apreensão de arma de agressor é sancionado**. Agência Brasil. Publicado em 08 de outubro de 2019. Disponível em:http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-10/projeto-que-preve-apreensao-de-arma-de-agressor-e-sancionado. Acesso em 18 out de 2019.

WYLES, Chan Adrian. GUN CONTROL LAWS IN THE USSR.THE SANGHA KOMMUNE. 2018. Disponível em: <https://rozany.jusbrasil.com.br/artigos/432323234/a-falacia-do-estatuto-dedesarmamento>. Acessoem: 15 Out 2019.

WIKINOTICIAS. **NÃO vence SIM no referendo sobre comércio de armas no Brasil**. Publicado em 24 de outubro de 2005. Disponível em:https://pt.wikinews.org/wiki/N%C3%83O_vence_o_SIM_no_referendo_sobre_com%C3%A9rcio_de_armas_no_Brasil. Acesso em 15 out 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

**GISELE DE ASSIS CAMPOS**: Advogada, pós-graduada em Direito Público.

**RESUMO**: O presente artigo tem por objetivo analisar o Estatuto da Igualdade Racial, instituído pela Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

**PALAVRAS-CHAVE**: Estatuto da Igualdade Racial. Lei nº 12.288/2010. Direitos fundamentais. Sistema Nacional de Proteção da Igualdade Racial.

**SUMÁRIO**: Introdução. 2. Do princípio da igualdade. 3. Conceitos e diretrizes. 4. Dos direitos fundamentais. 4.1 Do direito à saúde. 4.2 Do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer. 4.2.1 Do direito à educação. 4.2.2 Do direito à cultura. 4.2.3 Do direito ao esporte e ao lazer 4.3 Do direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos. 4.4 Do acesso à terra e à moradia adequada. 4.5 Do direito ao trabalho. 4.6 Dos meios de comunicação. 5. Do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O Estatuto da Igualdade Racial foi instituído pela Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, tendo entrado em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

No plano interno, o Estatuto tem por fulcro a concretização do princípio da igualdade, inserto no artigo 5º, *"caput"*, da Constituição Federal de 1988. No plano internacional, o fundamento é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

Com o intuito de realizar uma breve análise sobre o novo panorama normativo, tecemos as considerações a seguir.

## 2. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, corolário do postulado da dignidade da pessoa humana, é essencial ao Estado Democrático de Direito.

Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana é "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (...)" (SARLET, 2002, p. 62).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há muito a doutrina afirma que o princípio da igualdade possui duplo aspecto, formal e material.

Mais recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 41, em voto de lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, tratou do princípio sob uma nova ótica, a da igualdade como reconhecimento.

Segundo Barroso, "na questao da igualdade como reconhecimento, ela identifica a igualdade no que se refere ao respeito as minorias e ao tratamento da diferenca de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferencas, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades (STF, ADC 41, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

Desse modo o Supremo Tribunal Federal, com fulcro no direito à igualdade como reconhecimento, confirmou a constitucionalidade da Lei nº. 12.990/2014, responsável pela implantação do sistema de cotas para acesso a cargos e empregos públicos federais.

Firmou, assim, em sede de repercussão geral, a tese de que "É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa".

O Estatuto da Igualdade Racial possui viés semelhante, pois busca garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

3. CONCEITOS E DIRETRIZES

O Estatuto definiu alguns conceitos imprescindíveis à melhor interpretação da norma, tais como: discriminação racial ou étnico-racial; desigualdade racial; desigualdade de gênero e raça; população negra; políticas públicas; ações afirmativas. Vejamos:

"Art. 1º (...)

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

O Estatuto possui como diretrizes as normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais. E, como diretrizes político-jurídicas, a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

No que se refere à participação da população negra na vida econômica, social, política e cultural do País, deverá ser promovida em condições de igualdade de oportunidades.

A concretização da igualdade de oportunidades ocorrerá, prioritariamente, por meio de instrumentos como: a inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social; a adoção de medidas, programas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e políticas de ação afirmativa; a modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica; a promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais; a eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada; o estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos; a implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

No que toca aos programas de ações afirmativas, consubstanciam-se em políticas públicas que têm por intuito a reparação das distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias reiteradamente adotadas durante o processo de formação social do País, desde o período colonial.

## 4. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estatuto da Igualdade Racial enumera uma série de direitos fundamentais, tratando dos direitos à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à moradia adequada e ao trabalho. Também traz considerações a respeito dos meios de comunicação.

Nesse ponto, é imperioso salientar que "não há direitos fundamentais decorrentes da lei. A fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição. A lei, quando muito, irá densificar ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente." (MARMELSTEIN, 2016).

No caso, os direitos enumerados no Estatuto possuem fulcro constitucional, pelo que o objetivo do Estatuto busca é dar-lhes maior concretude.

### 4.1 DO DIREITO À SAÚDE

O direito fundamental à saúde foi consagrado pelo constituinte nos artigos 196 e seguintes da CRFB. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A saúde é um direito fundamental de 2a. geração, de cunho prestacional, tendo como nota distintiva "a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um 'direito de participar do bem-estar social'." (SARLET, 1998).

Sob tal viés, o Estatuto da Igualdade Racial trata especificamente sobre o direito à saúde da população negra, impondo ao poder público o dever de implementar políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos. Assegura, assim, a atenção integral à saúde da população negra, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário. Também assegura que o poder público agirá com o intuito de garantir tratamento sem discriminação à população negra vinculada aos seguros privados de saúde.

O Estatuto também estabelece as diretrizes e objetivos da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra. Dentre as diretrizes, assegurou-se o direito à participação de lideranças dos movimentos sociais em defesa da saúde da população negra nas instâncias de participação e controle social do SUS, a produção de conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra e o desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra.

No que toca aos objetivos, destaca-se a promoção da saúde integral da população negra, priorizando a redução das desigualdades étnicas e o combate à discriminação nas instituições e serviços do SUS.

Além disso, os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos são tratados de forma mais específica, dada a maior vulnerabilidade social. Há incentivos específicos para a garantia do direito à saúde de tal grupo, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde.

## 4.2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

O Estatuto também reafirma o direito da população negra à participação nas atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4.2.1 DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tal como estabelecido pelo constituinte originário no artigo 205 da CRFB.

No âmbito do Estatuto da Igualdade Racial, o direito fundamental à educação é tratado sob o viés de fomento ao estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil.

Para tanto, determina que tais conteúdos devem ser ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, com o intuito de resgatar sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

O Estatuto também estabelece o dever de fomento à formação inicial e continuada de professores e à elaboração de material didático específico, bem como incentiva os debates entre estudantes, intelectuais e representantes do movimento negro, nas datas comemorativas de caráter cívico.

Destaca, ainda, o dever do poder público de estimular e apoiar ações socioeducacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos.

Além disso, o Estatuto reafirma o dever do poder público de adotar programas de ações afirmativas, que devem ser acompanhados e avaliados pelo Poder Executivo federal, por meio dos órgãos responsáveis pelas políticas de promoção da igualdade e de educação.

4.2.2 DO DIREITO À CULTURA

A Constituição Federal de 1988 determina que deve ser garantido a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, afirmando que a valorização e a difusão das manifestações culturais devem ser apoiadas e incentivadas.

Neste sentido, cumpre ao Estado o dever de proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, bem como das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Visando dar maior concretude aos mandamentos constitucionais, o Estatuto estabelece que cumpre ao poder público garantir o reconhecimento das

sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra, com trajetória histórica comprovada, como patrimônio histórico e cultural.

Além disso, assegura aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado. Confere especial atenção do poder público à preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tombados nos termos do § 5º do art. 216 da Constituição Federal.

Do mesmo modo, determina que cabe ao poder público incentivar a celebração das personalidades e das datas comemorativas relacionadas à trajetória do samba e de outras manifestações culturais de matriz africana, bem como sua comemoração nas instituições de ensino públicas e privadas. E também o registro e a proteção da capoeira como bem de natureza imaterial e de formação da identidade cultural brasileira.

4.2.3 DO DIREITO AO ESPORTE E AO LAZER

Na seara da igualdade de oportunidades, o Estatuto determina ao poder público o dever de fomentar o pleno acesso da população negra às práticas desportivas, consolidando o esporte e o lazer como direitos sociais.

Reconhece, também, a capoeira como desporto de criação nacional, facultando o seu ensino nas instituições públicas e privadas pelos capoeiristas e mestres tradicionais, pública e formalmente reconhecidos.

4.3 DO DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E AO LIVRE EXERCÍCIO DOS CULTOS RELIGIOSOS

No âmbito do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, o Estatuto assegura o livre exercício dos cultos religiosos, garantindo a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Neste toar, especifica que o direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende: a prática de cultos, a celebração de reuniões relacionadas à religiosidade e a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de lugares reservados para tais fins; a celebração de festividades e cerimônias de acordo com preceitos das respectivas religiões; a fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às respectivas convicções religiosas; a produção, a comercialização, a aquisição e o uso de artigos e materiais religiosos adequados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação específica; a produção e a divulgação de publicações relacionadas ao exercício e à difusão das religiões de matriz africana; a coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das respectivas religiões; o acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões; e a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

Além disso, afirma que os praticantes de religiões de matrizes africanas internados em hospitais ou em outras instituições de internação coletiva, inclusive aqueles submetidos a pena privativa de liberdade, devem ter assegurada a assistência religiosa.

Por fim, estabelece ao poder público o dever de adotar medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores.

4.4 DO ACESSO À TERRA E À MORADIA ADEQUADA

O Estatuto, primando pelos ditames constitucionais, impõe ao poder público o dever de elaborar e implementar políticas públicas capazes de promover o acesso da população negra à moradia adequada, bem como à terra e às atividades produtivas no campo.

No que toca às áreas rurais, dispõe sobre a viabilização e ampliação do acesso ao financiamento agrícola, bem como da assistência técnica rural e do fortalecimento da infraestrutura de logística para a comercialização da produção. Também determina ao poder público que promova a educação e a orientação profissional agrícola para os trabalhadores negros e as comunidades negras rurais.

Com relação aos remanescentes dos antigos quilombos, na esteira do preceituado no artigo 68 da Constituição Federal, o Estatuto reafirma a propriedade definitiva das terras ocupadas e o dever do Estado de emitir os títulos respectivos. Estabelece, ainda, para fins de política agrícola, tratamento especial diferenciado, assistência técnica e linhas especiais de financiamento público, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que se refere à moradia urbana, o Estatuto determina que os programas, projetos e outras ações governamentais realizadas no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), devem considerar as peculiaridades sociais, econômicas e culturais da população negra. Além disso, os agentes financeiros, públicos ou privados, devem promover ações para viabilizar o acesso da população negra aos financiamentos habitacionais.

Ademais, incumbe ao poder público adotar políticas públicas com o intuito de garantir o direito à moradia adequada da população negra que vive em favelas, cortiços, áreas urbanas subutilizadas, degradadas ou em processo de degradação, a fim de reintegrá-las à dinâmica urbana e promover melhorias no ambiente e na qualidade de vida.

O conceito de moradia adequada abrange a infraestrutura urbana e os equipamentos comunitários associados à função habitacional, bem como a assistência técnica e jurídica para a construção, a reforma ou a regularização fundiária da habitação em área urbana.

4.5 DO DIREITO AO TRABALHO

A Constituição Federal de 1988 elencou o direito ao trabalho dentre os direitos sociais, no rol do artigo 6º.

Como afirma Delgado, "a dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situ ação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo te m assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego." (DELGADO, 2004, p. 43-44).

Nesse sentido, visando uma maior inclusão da população negra no mercado de trabalho, o Estatuto atribui ao poder público a responsabilidade de implementar políticas públicas, com observância dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Para tanto, devem ser promovidas ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

organizações privadas. Tais ações devem assegurar o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

Além disso, cabe ao poder público a promoção de ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

No que toca ao empreendedorismo, é previsto o estímulo por meio de financiamento para constituição e ampliação de pequenas e médias empresas e de programas de geração de renda, bem como o incentivo das atividades voltadas ao turismo étnico.

Especificamente do âmbito federal há, também, a previsão de que o Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros, buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.

4.6 DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

O Estatuto também trata da necessidade de valorização da herança cultural e da participação da população negra na história do País.

Para tanto, estabelece que a produção veiculada pelos órgãos de comunicação observará tais diretrizes, e que deverão ser conferidas oportunidades de emprego para atores, figurantes e técnicos negros, na produção de filmes, programas e peças publicitárias que se destinem à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas.

No mesmo sentido, estabelece que os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais deverão incluir cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário. Tal regra não se aplica às produções que abordarem especificidades de grupos étnicos.

## 5. DO SISTEMA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Com o intuito de organizar e articular a implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas, o Estatuto instituiu o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir).



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Apesar de o Sinapir ter sido instituído no âmbito da União, os demais entes federados podem dele participar mediante adesão. Para maior efetividade na superação das desigualdades, é incentivada a participação da sociedade e da iniciativa privada.

No que se refere aos objetivos do Sinapir, o Estatuto elenca os seguintes: a promoção da igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas; a formulação de políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra; a descentralização da implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais; a articulação de planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica; a garantia da eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

É importante frisar que a elaboração do plano nacional de promoção da igualdade racial contendo as metas, princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR) cabe ao Poder Executivo federal. E que foi assegurada a participação da sociedade civil no órgão colegiado responsável pela elaboração das diretrizes das políticas nacional e regional de promoção da igualdade étnica.

Nos âmbitos estadual, distrital e municipal, o respectivo Poder Executivo pode, no âmbito de sua esfera de competência, instituir conselhos de promoção da igualdade étnica. Tais conselhos têm caráter permanente e consultivo e devem ser compostos por igual número de representantes de órgãos e entidades públicas e de organizações da sociedade civil representativas da população negra. Os entes federados que criarem tais conselhos terão prioridade no repasse dos recursos referentes aos programas e atividades previstos no Estatuto.

Além disso, também cabe ao poder público federal a instituição, no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, de Ouvidorias Permanentes em Defesa da Igualdade Racial. O objetivo de tais ouvidorias é o recebimento e encaminhamento de denúncias de preconceito e discriminação com base em etnia ou cor, bem como o acompanhamento da implementação de medidas para a promoção da igualdade.

O Estatuto ressalta, ainda, o acesso das vítimas de discriminação étnica à Ouvidoria Permanente, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias. Especificamente com relação às mulheres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

negras em situação de violência, garantiu a assistência física, psíquica, social e jurídica.

Também trata da necessidade de adoção, pelo poder público, de medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra, bem como da implementação de ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.

Além disso, o Estatuto impõe ao poder público o dever de adotar medidas para coibir atos de discriminação e preconceito praticados por servidores públicos em detrimento da população negra, e ressalta a possibilidade de utilização de instrumentos como a Ação Civil Pública para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica.

Na implementação dos programas e das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, cumpre ao poder público observar as políticas de ação afirmativa referidas no inciso VII do art. 4º da lei em comento, bem como outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população negra. Para tanto, sem prejuízo da destinação de recursos ordinários, podem ser consignados nos orçamentos fiscal e da seguridade social para financiamento de tais ações: transferências voluntárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; doações voluntárias de particulares; doações de empresas privadas e organizações não governamentais, nacionais ou internacionais; doações voluntárias de fundos nacionais ou internacionais; doações de Estados estrangeiros, por meio de convênios, tratados e acordos internacionais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o acima exposto, pode-se concluir que o Estatuto da Igualdade Racial representa um importante marco no contexto histórico brasileiro, reforçando os pilares do Estado Democrático de Direito.

A norma busca explicitar os ditames constitucionais em prol da igualdade. Ante seu intuito protetivo, não exclui outras medidas em prol da população negra que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

## REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 180-181.

BRASIL. Lei nº 12.288/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 28/11/2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTR, 2004, p. 43-44.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Sidney de Paula. *O Estatuto da Igualdade Racial.* Selo Negro, 2013.

SANTOS, Celso José dos. *O Estatuto da Igualdade Racial: avanços, limites e potencialidades.* Cadernos de Educação, Brasília, n. 23, p. 147-163, jul./dez. 2010. Acessado em 26/11/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).

VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas.* 4. ed. rev. amp. e atual. Salvador: 2017, Juspodvm.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# SEGURANÇA PÚBLICA E CONTROLE SOCIAL: PERSPECTIVAS DA ATUAÇÃO DIRETA DO POVO

**ISRAEL EVANGELISTA DA SILVA**: Advogado. Graduado em Direito (UNIRON). Pós-graduado em Direito Público (PUC/MG). Ex-Assessor Especial na Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão - SEPOG/RO. Assessor Especial na Secretaria de Estado da Assistência e do Desenvolvimento Social – SEAS. Membro do Grupo Ocupacional de Trabalho – GOT, referente à Prestação de Contas de Governo do Poder Executivo. Membro Suplente do Comitê Estadual para Juventude de Rondônia. Delegado no Plano Diretor do Município de Porto Velho/RO.

**RESUMO:** A Segurança pública é, dentro do atual cenário Brasileiro, a vertente de atuação da Administração Pública mais debatida, discutida e reivindicada. As eleições recém finalizadas centraram os olhares sobre temas diretamente ligados à Segurança Pública – maioridade penal, excludentes de culpabilidade, empoderamento das forças de segurança – dado os elevados índices de violência e criminalidade registrados em todo País. Este ambiente hostil tem levado o Poder Público a repensar novosparadigmas de atuação na área da segurança pública. O presente *paper*buscará traçar perspectivas da atuação direta do povo e do controle social na segurança pública, demonstrando, de maneira clara, didática e objetiva, o papel da sociedade na prevenção e repressão de atos criminosos.O artigo irá se debruçar sobre a atuação da sociedade na participação da formulação de políticas e ações na área da segurança. A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho foi a qualitativa e dialética, através de revisões bibliográficas.

**Palavras-Chave**: Segurança Pública. Controle social.Democracia.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. SEGURANÇA PÚBLICA E SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE SOCIAL. 2.1 Segurança Pública. 2.2 Controle e Controle Social 2.2.1 ESPÉCIES DE CONTROLE SOCIAL EXISTENTES NO BRASIL. 2.2.1.1 Direito de Petição. 2.2.1.2 Plebiscito e Referendo popular. 2.2.1.3 Audiência Pública. 2.2.1.4 Orçamento participativo. 3 CONSCIENTIZAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE AVANÇO NA SEGURANÇA PÚBLICA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1.INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adota como regime de governo a Democracia, a exercendo de maneira direta e indireta, através do sistema representativo. O regime democrático é marcado pela plena e irrestrita participação popular. Nos dizeres do Prof. Gilmar Mendes[1], "pode-se dizer que a democracia brasileira adquiriu autonomia funcional, uma vez que todas as forças políticas relevantes aceitam submeter seus interesses e valores às incertezas do jogo democrático".

E é assim que o legislador constituinte marcadamente prescreveu no texto constitucional que todo o poder emana do povo, nos termos do seu art. 1º, parágrafo único[2]. Acolá da profunda discussão doutrinária da titularidade do poder constituinte – a nação, o povo ou a população do País, o fato é que a Assembleia Nacional Constituinte optou por, expressamente, outorgar ao povo o poder de criar, garantir ou eliminar da comunidade política uma lei fundamental denominada Constituição Federal[3].

É bem verdade que é a Administração a responsável pela gerência, conservação e proteção da paz social, conforme os princípios mais basilares do Estado de Direito. Aparelhado por inúmeros instrumentos – pessoal e material – a máquina Administrativa, conduzida pelos representantes do povo, detém a prerrogativa de, imbuída da estrita observância do interesse público, zelar pelo respeito ao ordenamento normativo e o combate à criminalidade.

A segurança pública, como um dos segmentos de responsabilidade do Poder Público, é dever do Estado, traduzido na preservação da ordem pública, na incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O controle social ou democrático da Administração Pública, como bem conceituado por Mourão[4], trata-se da "participação da sociedade no acompanhamento da execução e avaliação dos resultados alcançados pelas políticas públicas implementadas".

No entanto, tal como será demonstrado, por mais que as normas da Constituição Federal tenham salvaguardado esse importante papel ao povo, ele é pouco exercido. A participação direta da população no tema da segurança pública é inexpressiva. Veja-se, por exemplo, a participação da população brasileira no referendo do Estatuto do Desarmamento. A população brasileira chamada a decidir sobre tema extremamente sensível na política de segurança pública – posse/porte de arma – terminou, em sua larga maioria, manifestando incorretamente o seu posicionamento[5].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O presente trabalho, longe de intencionar o esgotamento do tema, expõe, de maneira didática, objetiva e imparcial, os nuances que permitem identificar os aspectos da segurança pública, do controle social e seu impacto na conscientização popular.

Em um primeiro momento, expõe-se a diretriz em que o tema se encontra no ordenamento jurídico, os conceitos a ele relacionados, bem como as espécies de controles existentes no Brasil.

A apresentação final se presta a esclarecer quais são os instrumentos de controle social voltados à segurança pública postos a disposição do titular do poder, assim como os meios de sua utilização e a pesquisa quanto a sua efetividade.

## 2.SEGURANÇA PÚBLICA E SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE SOCIAL

Inicialmente, antes de adentrar ao conceito perfilhado sobre a matéria, faz-se necessário remeter-nos a um breve apontamento conceitual a respeito dos temas que estão interligados e que são de elevada importância ao deslinde deste trabalho.

### 2.1 Segurança Pública

Os olhos da teoria jurídica sobre o termo "segurança" denota um sentimento geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos[6]. O Prof. José Afonso da Silva[7] esclarece que "polícia" e "segurança" são dois termos que demandam esclarecimento prévio. Vejamos o que diz o autor:

> "'Segurança jurídica' consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantém-se estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. 'Segurança social' significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas/ tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. A Constituição, nesse sentido, preferiu o espanholismo *seguridade social*, como vimos antes. 'Segurança nacional' é manutenção da *ordem pública* interna.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] A palavra polícia correlaciona-se com a segurança. Vem do grego *polis* que significava o ordenamento político do Estado. 'Aos poucos [lembra Hélio Tornaghi] *polícia* passa a significar a atividade adminsiotrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela pela segurança dos cidadãos'[8]. Acrescenta que *Polícia*, sem qualificativo, 'designa hoje em dia o Órgão a que se atribui, exclusivamente, a função negativa, a função de evitar a alteração da ordem jurídica'[9]".

A segurança pública, portanto, objetivo fundamental e dever do Estado de direito e responsabilidade de todos, é a preservação da ordem pública, incolumidade das pessoas e dos patrimônios. Implementa-se por meio rol taxativo dos órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, policiais militares e corpo de bombeiros militares, conforme art. 144, I a V, da CF/1988.

No entanto, osignificado de segurança pública não se esgota com a definição dada pela Constituição. Nas brilhantes e didáticas palavras de José Afonso da Silva[10]:

> "segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois, a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do *I Ciclo de Estudos sobre Segurança* (realizado em out./1995, acrescente-se), segundo o qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população. Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que 'se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais'; e a de que '(...) a amplitude da missão de manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população".

Com acerto, o ilustre escritor afirma que "segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia", é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sem exceção". O Prof. José Alfonso deixa claro que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

temática da segurança pública vai muito além da atuação repressiva/investigativa dos mecanismos de segurança previstos na Constituição, mas como uma ação social e coletiva de todo o povo.

2.2 Controle e Controle Social

O controle da Administração Pública, em sentido amplo, pode ser definido, nas palavras da Professora Maria Zanella Di Pietro[11], como o "poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação". A ilustre escritora deixa claro que a verificação de compatibilidade efetivada pelo controle vai muito além do contexto da legalidade. O controle é a sistemática que apura a convalidação dos atos administrativos com a legitimidade, a moralidade, a eficiência e todos os demais princípios administrativos.

Esse controle reside não apenas internamente, pela própria administração, na atividade exercida pelo sistema de controle interno. Ele vai residir, também, externamente, o que é realizado pelos Poderes Judiciário e Legislativo, bem como pelo Ministério Público e Defensoria Pública.

A última vertente do controle é a exercida diretamente pela sociedade, no que se denomina de controle social ou democrático.

Licurgo Mourão[12] conceitua este controle da seguinte maneira:

> [...] pode-se conceituar como controle democrático ou social da Administração Pública a participação da sociedade no acompanhamento da execução e avaliação dos resultados alcançados pelas políticas públicas implementadas, no tocante ao alcance de seus objetivos, processos executórios desenvolvidos e resultados, quantitativa e qualitativamente considerados.

Assim é que o controle social pode ser entendido como a participação do cidadão na gestão pública, atuando nos campos da fiscalização, do monitoramento e controle das ações da Administração Pública.

2.2.1 ESPÉCIES DE CONTROLE SOCIAL EXISTENTES NO BRASIL

Segundo Fressz (2006 apud Spinelli, 2008, pág. 27), o controle social pode ser realizado de duas formas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a) Forma Direta: quando exercido pelo cidadão ou grupo social sem a participação ou interveniência de órgão ou entidade pública. Os meios de comunicação são um bom exemplo de eficiência no controle social direto, pois denunciam o fato e "cobram" do Poder Público competente a sua plena apuração. Casos de desvio de dinheiro público, de nepotismo, de tráfico de influências e de corrupção, não detectados por órgãos de controle, vieram à tona com a divulgação dos fatos pela imprensa.

b) Forma Indireta: quando exercido pela população por meio de mecanismos ou instituições colocados à sua disposição. Um exemplo de controle social indireto são os Conselhos Municipais de Políticas Públicas, criados para acompanhar a execução dos recursos federais repassados ao município. Outro exemplo seria uma denúncia formulada por um cidadão ao Ministério Público.

A Constituição Federal elenca diversas medidas que instrumentalizam o controle social, com pressuposto na corresponsabilidade com a "coisa pública", visando a formulação conjunta de objetivos e metas com justiça social. No texto Magno, alguns importantes exemplos podem ser citados, tais como a participação da população nas políticas de assistência social (CF/1988, art. 204, II), na área da educação (CF/1988, art. 206, VI), da participação da comunidade para proteção do patrimônio histórico e cultural (CF/1988, art. 216, § 1º), por meio da ação popular (CF/1988, art. 5º, LXXIII) ou julgamento, pelos cidadãos, de crimes nos Tribunais de Júri (CF/1988, art. 5º, XXXVIII) [13].

O mesmo se observa de leis infraconstitucionais, a exemplo da participação popular na discussão de políticas públicas voltadas à proteção de crianças e adolescentes, previsto no art. 88, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990, ou a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes, consoante determina o art. 14, II da Lei nº 9.394/96.

No ímpeto de aplicar o princípio da participação popular, a Constituição Federal estabelece alguns momentos destinados à efetiva participação do cidadão e da sociedade organizada no controle dos gastos públicos, possibilitando o monitoramento das ações governamentais e exigindo o uso adequado dos recursos arrecadados. São eles: o direito de petição, o referendo/plebiscito, a Audiência Pública e o orçamento participativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

### 2.2.1.1 Direito de Petição

O direito de petição decorre do artigo 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o "direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder". Em verdade, se trata de importante instrumento de participação popular na fiscalização da gestão pública. O cidadão, independentemente de estar ou não assistido por advogado, pode utilizar desse direito para obter informações sobre questões públicas relevantes, desde que não sigilosa, inclusive na repressão de condutas criminosas.

Igualmente, serve a atuação das lideranças de bairro na fiscalização e elaboração de planos de segurança pública, fundados, inclusive, na atuação firmada no artigo 301, do Código de Processo Penal[14], a qual concede a faculdade da prisão de quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

### 2.2.1.2 Plebiscito e Referendo popular

No aspecto da atuação popular, tema de irrecusável relevância são os institutos do plebiscito e referendo popular. Tratam-se de consultas direcionadas ao povo visando decidir sobre matéria de relevância para a nação em relação às questões de natureza Constitucional, legislativa ou administrativa.

Resumindo de maneira extremamente didática a distinção entre o plebiscito e o referendo, o Tribunal Superior Eleitoral[15] assim pontificou:

> A principal distinção entre eles é a de que o plebiscito é convocado previamente à criação do ato legislativo ou administrativo que trate do assunto em pauta, e o referendo é convocado posteriormente, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar a proposta.

Ambos estes institutos estão previstos no artigo 14 da Constituição Federal e regulamentados pela Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.

Considerando a relevância da atuação social, o referendo foi previsto no art. 35, da Lei Federal nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento), promulgado pelo Senado Federal em 07 de julho de 2005, por intermédio do decreto legislativo n° 780. No artigo 2º, este decreto estabelecia que a consulta popular seria feita com a seguinte questão: "O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?".

Os eleitores puderam optar pela resposta "sim" ou "não", pelo voto em branco ou pelo voto nulo. O resultado final foi de 59.109.265 votos rejeitando a proposta (63,94%), enquanto 33.333.045 votaram pelo "sim" (36,06%)[16].

Há décadas as discussões para rever a proibição do porte e da posse de armas de fogo vêm sendo discutidas. Em verdade, não se trata de tema consensual na sociedade, tampouco no meio político.

Anote-se que a lei tinha por objetivo proibir o comércio de armas de fogo e munição, porém, antes, deveriaser aprovada pela população, em um referendo.

**2.2.1.3 Audiência Pública**

A Audiência Pública, instrumento de controle social pouco explorado, constitui-se em espaço institucional destinado a permitir o amplo debate social na preparação, formulação e construção de políticas públicas. É o momento em que se outorga a qualquer do povo ouvir e ser ouvido na formulação de planos de governo nas diversas áreas, inclusive, na segurança pública.

Notadamente, as audiências públicas na área da segurança vêm tomando espaço e relevância, a exemplo do ciclo de audiências públicas "A Construção da Cidade Segura: políticas de segurança pública para o moderno combate à violência", realizado pela Câmara Municipal de Porto Alegre/RS[17], ou a audiência pública realizada em 2017 na Câmara do Município de Blumenal/SC, destinada a discutir soluções urgentes para a criminalidade e para os problemas do sistema prisional daquele Município[18].

**2.2.1.4 Orçamento participativo**

O exercício do controle social e democrático, visto anteriormente, dentre suas distintas formas de incidência, pode influir especificamente no orçamento dos Entes Públicos.

Exemplo disto é a previsão, no art. 35, §6º, da Constituição do Estado de Rondônia, que prevê que as emendas individuais ao Projeto de Lei Orçamentária deverá ser divulgada em audiência pública pelos municípios beneficiados[19].

Sobre o tema, leciona Licurgo Mourão[20]:

> A participação popular proporcionada pela adoção do orçamento participativo resulta na melhoria das práticas político-administrativas de forma geral, pois a prática da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> participação democrática traz os cidadãos ao centro das decisões relevantes, aumentando sua qualidade e utilidade para a população.

Nesse cenário é que a pressão política exercida pela sociedade civil organizada ganha relevância, de modo a dar eficácia às sugestões e críticas da população, fazendo com que os recursos do tesouro sejam destinados, também, aos programas finalísticos - cujos objetivos visam solucionar os problemas ou atender a demandas cujo beneficiário direto será o segmento social tido como público-alvo, a exemplo do atual Bolsa Família, instituído pelo Governo Federal[21].

Sobre o orçamento participativo, temos, ainda, a previsão do art. 48, da Lei Complementar nº 101/2000. Vejamos:

> Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.
>
> § 1ºA transparência será assegurada também mediante:
>
> I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
>
> II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e
>
> III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Colhe-se da leitura do dispositivo legal que o legislador, visando o avanço da transparência no campo normativo, buscou coroar a participação popular no processo de elaboração e discussão do orçamento público, deferindo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sua participação nos planos de Governo. Esse momento é deverás importante na definição da política de segurança pública.

Importante salientar, todavia, que embora a previsão do citado artigo tenha viés de incentivo à participação da sociedade no processo de elaboração das leis orçamentárias, não significa que haja a obrigatoriedade de cumprimento da determinação popular pelo Poder Executivo, de modo que o aspecto obrigatório residiria apenas no campo político[22].

Desta forma entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[23]:

> Ementa: Constitucional e Administrativo. Lei de Orçamento. Elaboração. Lei de Iniciativa Legislativa Instituidora do "Orçamento Participativo". Inconstitucionalidade por Vício Formal e Material.
>
> Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo, com o auxílio dos seus respectivos secretários, a elaboração da lei de orçamento. Vícios formal e material da Lei N-4123 do Município de Canoas, instituidora do "Orçamento Participativo", reconhecidos. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, por maioria.

A iniciativa formal no que se refere às leis orçamentárias é privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme dispõe o art. 24, II, da Constituição Federal de 1988. Assim, não está este Poder submisso, ao menos do ponto de vista legal, à decisão popular deliberadas nas audiências e reuniões públicas.

## 3 CONSCIENTIZAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE AVANÇO NA SEGURANÇA PÚBLICA

O Filósofo e Matemático Albert Einsten[24], é autor de uma celebre frase que tem plena aplicação ao contexto da atuação da Administração Pública na área de segurança – "Loucura é querer resultados diferentes fazendo tuto exatamente igual". Nesse capítulo abordaremos que, historicamente, o Governo Federal tem adotado visíveis esforços na solução do problema da criminalidade brasileira. No entanto, um substanciosa e real avanço passa pela adoção de novas práticas.

O Governo Federal, desde 1996, vem adotando uma série de planos e projetos no sentido de aperfeiçoar o processo de Segurança Pública, sem, no entanto, demonstrarem o êxito esperado. A experiência de outros Países indica que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apenas a partir do momento em que se passa a considerar a população como ator desta estruturação, os avanços acontecem. Vejamos.

Em 1996, o Presidente Fernando Henrique Cardoso criou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH). A então Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública (SEPLANSEG), transforma-se em Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), visando a implementação da política nacional de segurança pública[25].

Surgiu, em seguida, o Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), voltado para o enfrentamento da violência no país, especialmente em áreas com elevados índices de criminalidade, vertido, especialmente, no estímulo à inovação tecnológica. LOPES[26] tratando a respeito deste plano assim assegura:

> O Plano Nacional de Segurança Pública de 2000 é considerado a primeira política nacional e democrática de segurança focada no estímulo à inovação tecnológica; alude ao aperfeiçoamento do sistema de segurança pública através da integração de políticas de segurança, sociais e ações comunitárias, com a qual se pretende a definição de uma nova segurança pública e, sobretudo, uma novidade em democracia.

Visando instrumentalizar essa Política Pública com recursos suficientes, através da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, foi instituído o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP).

Entretanto, por diversos motivos, ora expostos pelo Governo, ora elencados por estudiosos, os avanços até então identificados na formatação da política de segurança pública não condiziam com a expectativa da sociedade. De acordo com Fernando Salla[27],

> [...] o Plano Nacional de Segurança Pública [...] compreendia 124 ações distribuídas em 15 compromissos que estavam voltadas para áreas diversas como o combate ao narcotráfico e ao crime organizado; o desarmamento; a capacitação profissional; e o reaparelhamento das polícias, a atualização da legislação sobre segurança pública, a redução da violência urbana e o aperfeiçoamento do sistema penitenciário. Uma novidade é que no plano, além dessas iniciativas na área específica de segurança, eram propostas diversas ações na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> esfera das políticas sociais. O plano, no entanto, não fixava os recursos nem as metas para ações. Ao mesmo tempo, não estavam estabelecidos quais seriam os mecanismos de gestão, acompanhamento e avaliação do plano.

Uma nova vertente surgiu em 2007 – a integração dos órgãos de segurança pública. O então Presidente Luís Inácio "Lula" da Silva instituiu o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI)[28]. O programa, em parceria com estados da federação, baseada em princípios democráticos, interdisciplinares e humanitários, buscava a participação da sociedade na construção de uma cultura de paz, a médio e a longo prazo, com foco na diminuição da criminalidade.

Este Programa previa a implementação de Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) em áreas urbanas consideradas de elevados índices de criminalidade e violência. O programa representou uma inovação no trato com a questão da segurança pública.

Esta política surgiu a partir da elaboração, por parte da ONG Instituto da Cidadania, do Projeto de Segurança Pública para o Brasil, com a ideia primordial de reformar as instituições da segurança pública e implantar o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) para atuar de forma articulada, por meio de políticas preventivas, principalmente voltadas para a juventude[29].

A despeito do início inovador, novamente, o programa passou e enfrentar severas críticas. De um lado, os governistas sustentavam que o Sistema iria cumprir o objetivo original de integrar os órgãos de segurança e inteligência e padronizar informações e procedimentos, de outro, haviam críticas no sentido de que a legislação como foi aprovada carecia de mecanismos de governança e administração que possam garantir o atendimento da proposta[30].

O sequenciado fracasso das políticas públicas brasileiras na área da Segurança Pública se deve a duas vertentes. A um, no que se refere ao tratamento do tema como política de governo. A dois, por pouco ou nenhum engajamento, participação e controle social.

Em relação ao primeiro apontamento, a política de segurança pública deve ser vista como política de Estado e não como política de Governo. A gestão descontinuada de programas, além de violar um sem número de princípios administrativos – continuidade da prestação de serviço público, eficiência, eficácia, dentre outros, termina por desaguando em fracassos. As questões relacionadas à segurança pública não podem ser tratadas como política limitada de governo, deve,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em verdade, ser tratada como um processo amplo e complexo a ser enfrentado tanto pelo Estado quanto pela sociedade.

Aqui surge a segunda razão do fracasso: engajamento, participação e controle social. Neste contexto, a participação social é crucial para resolução do problema, pois a própria atuação da sociedade pode resultar em criminalidade. O crime não existe por si só, mas é fomentado e produzido pela própria sociedade, afinal, a criminalidade está relacionada à prática de atos tipificados em lei como delituosos, atitudes que contrariam valores e regras sociais.

O Brasil, conforme relata Beatriz Borges em reportagem ao El País Brasil[31], é a maior rota de distribuição do tráfico devido a extensão de suas fronteiras, que dificultam o trabalho de fiscalização dos agentes da Polícia Federal. Vejamos:

> A principal rota da droga que sai da Bolívia, Colômbia e do Peru com destino à Europa, passando pelo oeste da África, é o Brasil. Outro ponto débil são os rios de fronteira, por onde a droga entra livremente, cruza o oceano em barcos e contêineres, e chega até os consumidores europeus.

Assim, o consumo da droga mostra-se como um exemplo significativo da colaboração para proliferação do tráfico. Isto é, não existisse consumo, certamente o tráfico teria seu percentual reduzido, quiçá, a zero.

O Estado e as comunidades, neste sentido, assumem o importante papel de conscientização dos indivíduos em relação à repressão ao consumo, aos riscos sociais, e aos danos de curto e longo prazo.

Nas palavras de PEREIRA, P. A. P[32]:

> Trata-se, pois, a política pública, de uma estratégia de ação, pensada, planejada e avaliada, guiada por uma racionalidade coletiva na qual tanto o Estado como a sociedade desempenham papéis ativos. Eis porque o estudo da política pública é também o estudo do Estado em ação (Meny e Toenig) nas suas permanentes relações de reciprocidade e antagonismo com a sociedade, a qual constitui o espaço privilegiado das classes sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O controle social ou democrático, além da inferência positiva na escorreita aplicação dos recursos e gastos públicos, se apresenta, igualmente, como principal ferramenta no aperfeiçoamento da máquina pública, marcada por sua atuação desde o planejamento até a fiscalização de sua execução.

Licurgo Mourão[33], de forma percuciente, encontra sentido e utilidade para a atuação da sociedade civil:

> Em país de dimensões continentais como o Brasil, torna-se imperioso o envolvimento da sociedade civil organizada no combate à corrupção, uma vez que o controle da Administração Pública pelos próprios órgãos e entidades que a compõem não tem se mostrado plenamente eficaz.

Neste sentido, também as organizações sociais, identificadas por instituições representativas, inegavelmente possibilitam uma atuação acentuada para que ocorra o atendimento de demandas construídas pela própria sociedade. Serve como verdadeiro instrumento de pressão. Esta atuação, como indicativo de forças sociais e políticas, são de extrema importância no arranjo institucional delineador da política pública de segurança.

Desponta nitidamente aos olhos o entendimento sintetizado e reforçado pelas pedagógicas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[34], segundo o qual "[...] o único sistema de controle verdadeiramente eficaz é o que considera a sociedade como agente e força motriz [...]".

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 marcou a institucionalização de um novo arcabouço organizacional e administrativo dos órgãos incumbidos da segurança pública no país. A partir de então, a atuação ativa e democrática da população foi intensificada.

No ímpeto de aplicar o princípio da participação popular, a Constituição Federal estabelece alguns momentos destinados à efetiva participação do cidadão e da sociedade organizada no controle dos gastos públicos, possibilitando o monitoramento das ações governamentais e exigindo o uso adequado dos recursos arrecadados. São eles: o direito de petição, o referendo/plebiscito, a Audiência Pública e o orçamento participativo.

Como visto, a segurança pública no Brasil consiste em um problema grave. Em um primeiro momento deve haver a conscientização do Governo de que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

questões relacionadas à segurança pública não podem ser tratadas como política limitada de governo, deve, em verdade, ser tratada como um processo amplo e complexo a ser enfrentado tanto pelo Estado quanto pela sociedade.

Para ser exitosa, os programas de Governo devem permitir a participação popular como um verdadeiro fator de auxílio no planejamento urbano, nas políticas de caráter preventivo e articulações, com diferentes segmentos públicos, privados e coletivos. Somente assim os índices de violência e criminalidade podem diminuir, e com ele o senso de insegurança jurídica e social do cidadão.

**REFERÊNCIAS**

PEREIRA, P. A. P. **Discussões conceituais sobre política social como política pública e de direito de cidadania. In: BOSCHETTI, I.** (Org.). Política social no capitalismo: tendências contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2009

LOPES, E. **Política e segurança pública: uma vontade de sujeição**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

SALLA, F. **Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil**. Revista Lusotopie, Paris, v. 10, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contas Públicas: novo paradigma**. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. ano XXI, n. 26, abr. 2004.

---

[1]MENDES, Gilmar. Integração Social e Perspectivas da Democracia. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1356/824>. Acesso em 16 nov 2018. *Apud*: PRZEWORSKI, Adam. Democracy and the market, Democracy and the market.7. reimp. Cambridge: University Press, 2003, p. 26 (traduzido pelo autor).

[2]Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[3] Para J.J Gomes Canotilho (Direito constitucional , 7ª ed. p. 35), "o poder constituinte se revela sempre como uma questão de 'poder', de 'força' ou de 'autoridade' política que está em condições de, numa determinada situação

concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política".

[4] MOURÃO, Licurgo. Controle democrático da Administração Pública. Licurgo Mourão, Diogo Ribeiro Ferreira, Sílvia Motta Pancastelli. - Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 153.

[5] "Com forte apoio popular, projetos contra o desarmamento aceleram para incluir plebiscito na eleição de 2018". Manchete BBC *News* Brasil. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41493672> Acesso em 16 nov. 2018.

[6] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. - 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista Malheiros, 2016. p. 791.

[7] IDEM, Ibidem.

[8] Op. Cit. *Apud* TORNAGHI, Hélio. Processo penal. Rio de Janeiro: Coelho Branco Editor, 1953. p. 255.

[9] IDEM, Ibidem.

[10] Comentário contextual à Constituição, 8ª ed., Malheiros: 2012, p. 650.

[11]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12 ed., São Paulo: Editora Altas: 2002.p. 435.

[12] MOURÃO, Licurgo. *Op Cit.* p. 153.

[13]https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/controle-social/; https://jus.com.br/artigos/44883/a-importancia-da-participacao-popular-atraves-dos-conselhos-municipais-na-formulacao-e-aplicacao-de-politicas-publicas-no-ambito-local; e https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/participacao-na-politica-vai-alem-do-voto-bd5lv5b6qnudczu2grt2ol366.

[14] Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Art. 301. Qualquer do povo poder e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

[15] Tribunal Superior Eleitoral. Sítio Eletrônico. Página Oficial. Disponível em < http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em 16 nov. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[16] DE MELO, Filipe Pereira. Estatuto do Desarmamento Lei 10.826/03 - consequências sociais e jurídicas. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18290&revista_caderno=3>. Acesso em 16 nov. 2018.

[17] "Câmara realiza audiência pública para debater segurança e combate ao crime". Sítio institucional Câmara Municipal de Porto Alegre. Disponível em < http://www.camarapoa.rs.gov.br/noticias/camara-realiza-audiencia-publica-para-debater-seguranca-e-combate-ao-crime>. Acesso em 16 nov. 2018.

[18] "Audiência Pública discute segurança em Blumenau". Sítio institucional da Câmara do Município de Blumenal/SC. Disponível em < http://www.camarablu.sc.gov.br/audiencia-publica-discute-seguranca-em-blumenau-2/>. Acesso em 16 nov. 2018.

[19] Constituição do Estado de Rondônia. Art. 135. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pela Assembleia Legislativa. § 6º As emendas individuais ao Projeto de Lei Orçamentária serão: II - divulgadas em audiências públicas pelos municípios beneficiados.

[20] MOURÃO, Licurgo. Controle democrático da Administração Pública. Licurgo Mourão, Diogo Ribeiro Ferreira, Sílvia Motta Pancastelli. - Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 159.

[21] IDEM, Ibidem. p. 157.

[22] Mourão, Licurgo. *Op. Cit*. p. 161.

[23] Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 597.024.447. Relator José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre, 25 ago. 1997.

[24] Sítio eletrônico. *Wikipédia*. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Albert_Einstein>. Acesso em 16 nov. 2018.

[25] Informação disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Programa_Nacional_de_Direitos_Humanos>. Acesso em 06 nov. 2018.

[26] LOPES, E. Política e segurança pública: uma vontade de sujeição. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. p. 29.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[27] SALLA, F. Os impasses da democracia brasileira: o balanço de uma década de políticas para as prisões no Brasil. Revista Lusotopie, Paris, v. 10, p. 419-435, 2003. p. 430.

[28] Disponível em < http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/programas-de-governo> Acesso em 06 nov. 2018

[29] LOPES. Op. Cit. p. 75.

[30] Sítio eletrônico. Brasil de Fato. "Novo Sistema Único de Segurança Pública é cortina de fumaça, diz especialista". Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2018/06/12/novo-sistema-unico-de-seguranca-publica-e-cortina-de-fumaca-diz-especialista/>. Acesso em 16 nov. 2018.

[31] BORGES, Beatriz. Brasil, a principal rota do tráfico de cocaína na América

Latina. El País Brasil. São Paulo. 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/21/politica/1411333264_428018.html>. *Apud*: ASSIS, Elisabete Xavier de; PEREIRA, Yára Christina Cesário. DROGAS E CONTEXTO SOCIAMBIENTAL: PRIMEIROS ENSAIOS REFLEXIVOS. Disponível em <https://www6.univali.br/seer/index.php/redivi/article/viewFile/9706/5454>. Acesso em 16 nov. 2018.

[32] PEREIRA, P. A. P. Discussões conceituais sobre política social como política pública e de direito de cidadania. In: BOSCHETTI, I. (Org.). Política social no capitalismo: tendências contemporâneas. São Paulo: Cortez, 2009. p. 96.

[33] MOURÃO, Licurgo. Controle democrático da Administração Pública. Licurgo Mourão, Diogo Ribeiro Ferreira, Sílvia Motta Pancastelli. - Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 154.

[34] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contas Públicas: novo paradigma. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. ano XXI, n. 26, abr. 2004. *Apud* MOURÃO, Licurgo. *Op. Cit.* p. 154.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# ANÁLISE DA IMISSÃO PROVISÓRIA DE POSSE DO DECRETO-LEI N° 3.365/41

**CLAUDIO COUTINHO NETO**: Mestrando em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduado em Direito Processual Civil – Pela Faculdade Anhanguera – Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Advogado.

JOÃO BRUNO TAVARES LACERDA[1].

**RESUMO:** O presente trabalho de conclusão de curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil tem como objetivo discorrer sobre a Imissão Provisória de posse no Processo de Desapropriação. O estudo aqui realizado seu deu a partir do método dedutivo, através de revisão bibliográfica. Inicialmente, é apresentado o conceito e evolução histórica da desapropriação, bem como são apresentadas as modalidades de desapropriação previstas no texto Constitucional de 1988. Em seguida é analisada de forma geral todo o Processo de Desapropriação, fase administrativa e judicial, onde é apresentada e estudada a imissão provisória de posse. Como tema central do trabalho analisa-se a possibilidade de perda antecipada da propriedade em confronto com a necessidade de que a indenização seja justa, prévia e em dinheiro, conforme o artigo 5°, XXIV da Constituição Federal. Ao final, concluímos pela compatibilidade da imissão provisória na posse com o texto constitucional, ressalvado o caso em que a avaliação prévia seja irrisória.

**Palavras-chave**: Processo de Desapropriação. Imissão de Posse. Justa e prévia indenização.

**ABSTRACT:** The present work of conclusion of course of Post-Graduation in Civil Procedural Law has as objective to discuss about the Provisional Immission of possession in the Process of Expropriation. The study carried out here was based on the deductive method, through a bibliographical review. Initially, the concept and historical evolution of expropriation is presented, as well as the modalities of expropriation set forth in the 1988 Constitutional text. Next, the entire Process of Expropriation, administrative and judicial phase, is presented and analyzed, where it is presented and studied the provisional immittance of possession. As the central theme of the work, the possibility of early loss of property is analyzed in relation to the need for the indemnity to be fair, prior and in cash, according to article 5, XXIV of the Federal Constitution. In the end, we conclude that the provisional immission

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

is compatible with the constitutional text, except in cases where prior evaluation is negligible.

**Keywords**: Expropriation Process. Immission of Possession. Fair and prior indemnification.

## 1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo é dividido em três capítulos, onde discorro sobre a Imissão Provisória de Posse no Processo de Desapropriação, para tanto se recorreu à pesquisa de tipo bibliográfica, especialmente livros nacionais.

A metodologia utilizada foi à dedutiva, pois, a partir do levantamento bibliográfico doutrinário, análise da jurisprudência correlata, interpretação dos diplomas normativos, buscou-se analisar o instituto da imissão provisória na posse no âmbito das desapropriações.

A Desapropriação é uma forma de limitação do direito de propriedade estatuído na Constituição, que possibilita por meio da imissão provisória na posse, o uso do bem, antes de finalizado todo o processo de desapropriação, essa agressão ao direito de propriedade foi o que justificou a produção acadêmica.

Como objetivo, o presente trabalho visa analisar a conformidade com a constituição da tomada antecipada do bem nos processos de Desapropriação por meio da imissão provisória na posse.

Primeiramente é apresentado o conceito e evolução histórica da Desapropriação. No decorrer do trabalho é analisado todo o processo de Desapropriação, tanto a fase administrativa, como a fase judicial, onde é retratada a imissão provisória, aspectos gerais e específicos desta.

Empós, como questionamento fundamental do trabalho foi analisado a constitucionalidade da liminar de imissão provisória na posse prevista no artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41.

Logo no início do Processo de Desapropriação, sem a oitiva do proprietário do bem, pode ser concedida a posse do imóvel objeto da ação, tal situação pode representar uma ofensa ao Princípio do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5° LV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Nesse tempo, ainda não se definiu o real valor de mercado do bem, tendo apenas uma avaliação unilateralmente realizada pelo ente público desapropriante,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de modo que fica a dúvida, a entrega liminar da propriedade fere a prévia e justa indenização de que trata a Constituição, no artigo 5°, inciso XXIV?

## 2 – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE DESAPROPRIAÇÃO

### 2. 1 - Evolução Histórica do Instituto da Desapropriação

A evolução histórica de qualquer instituto está sempre carregada de precedentes sociais, econômicos e políticos, que o influenciaram, e que acabam repercutindo no nosso ordenamento jurídico atual, por isso é importante investigar as origens de qualquer instituto.

Na antiguidade a desapropriação era sinônimo de confisco, ou seja, havia supressão do bem, sem qualquer tipo de indenização.

Existia grande polêmica a cerca do conhecimento ou não dos Romanos sobre o instituto da Desapropriação, o cerne da questão é que para os romanos a propriedade seria um direito sagrado, sendo absoluta, perpétua e exclusiva do proprietário. Porém apesar de não possuir os requisitos hoje previstos na legislação, os Romanos conheceram sim a Desapropriação, conforme se ver em Salles *apud* Cruz (2009, p. 61): "A desapropriação, embora sem apresentar todos os caracteres que lhe são próprios hoje em dia, era o meio empregado para exigir dos proprietários as áreas de terrenos necessárias aos reclamos do interesse geral".

A desapropriação existiu sim em Roma, como uma forma de confisco, onde havia a supressão da propriedade, em atendimento aos interesses gerais, sem qualquer pagamento de indenização.

Durante a Idade Média não havia a garantia do direito de propriedade, eis que os bens dos vassalos eram de livre disposição dos senhores feudais. Assim, era comum o confisco de terras. Posteriormente, durante os tempos modernos não houve mudanças, pois o Rei era tratado como uma divindade, e podia dispor livremente dos bens dos seus súditos.

Porém foi com a Revolução Francesa, foi que a desapropriação surgiu com os seus contornos quer conhecemos hoje, Salles (2009, p. 63) comunga de tal pensamento: "Entendemos, pois, que a desapropriação, tal como a conhecemos hoje, foi delineada pela Revolução Francesa, que, por assim dizer, é sua matriz".

O artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "Art. 17. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização."

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789, consagrou a propriedade como inviolável, só podendo ser expropriada pelo Estado, em caso de necessidade pública reconhecida, e mediante justa e prévia indenização. Estes são requisitos presentes até hoje na nossa Constituição.

**2. 2 - Estudo da Desapropriação**

Não há duvida de que o direito de propriedade outrora, absoluto, perpétuo e exclusivo, vem sofrendo limitações ao longo dos tempos, onde se fez necessário a intervenção do Poder Público subordinando o interesse do particular a supremacia do interesse público.

O leque de limitações é amplo, desde limitações previstas no direito civil, como o direito de vizinhança, bem como limitações estatuídas em diplomas de direito público, como tombamento, limitação administrativa, requisição administrativa, ocupação temporária, servidão administrativa. E claro, não podemos esquecer, da limitação da função social da propriedade.

As limitações ditas acima, apenas retiram algum elemento do direito de propriedade, porém o titular continua sendo o dono, ou seja, ele não perde o direito de propriedade. A única hipótese em que o dono deixa de ser dono é a Desapropriação, por este motivo é conhecida como Intervenção Supressiva.

A Desapropriação pode ser conceituada como modalidade originária de aquisição da propriedade pelo Estado, que se dá mediante o pagamento de prévia e justa indenização.

Logo se percebe que é uma forma originária, uma vez que não há qualquer relação jurídica entre o Estado e o proprietário anterior, ou seja, independe de título precedente.

Grosso modo, Desapropriação é uma forma de compra forçada da propriedade pelo Estado, esse caráter compulsório indica que ela não depende da anuência do proprietário. Sendo chamada por De Melo (2012, p. 881) de "sacrifício de direito":

> Do ponto de vista teórico, pode-se dizer que desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público, Trata-se, portanto, de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado.

A competência legislativa sobre o tema desapropriação é da União, nos termos do artigo 22, II, da Carta Magna. Essa competência privativa pode ser delegada aos Estados e ao Distrito Federal, para tratar de questões específicas, por meio de lei complementar. Já no tocante a competência material, ou seja, para executar a desapropriação, cabe a administração direta.

Nos termos do artigo 3º do Decreto-lei n° 3.365/41, há outras entidades que podem desapropriar desde que possuam autorização expressa, constante de lei ou contrato, são os chamados Delegados, que podem ser a Administração indireta, Concessionária ou permissionária de serviços públicos.

Podem ser objetos de desapropriação, bens móveis ou imóveis, bens corpóreos ou incorpóreos, bens públicos ou privados, Espaço aéreo ou Subsolo.

Já no que diz respeito aos bens públicos conforme artigo 2º, § 2º do Decreto-lei n° 3.365/41. A União pode desapropriar bens dos estados, Distrito Federal e Municípios. Já os estados podem desapropriar os bens dos seus Municípios. Por fim os Municípios só podem desapropriar os bens privados.

Todavia, há bens que não são desapropriáveis, como os direitos da personalidade, como vida ou imagem, os direitos autorais, direito a alimentos, a moeda corrente, os Bens da União, dentre outros.

**2.3 - Formas de Desapropriação**

Para falar sobre as formas de Desapropriação, tomamos como parâmetro a forma de indenizar. Assim, elas se dividem em comum e sancionatória.

O artigo 5º, em seu inciso XXIV, prevê os casos de Desapropriação Comum, esse tipo de desapropriação caracteriza-se pelo fato de a indenização ser prévia, justa e em dinheiro, e ainda, todos os entes podem executá-la.

A desapropriação comum pode ocorrer em duas hipóteses, por necessidade ou utilidade pública, com previsão no Decreto-lei n° 3.365/41, ou ainda, por interesse social, prevista no artigo 2º da Lei n° 4.132/62.

O legislador não diferencia necessidade de utilidade pública, usando para ambas o mesmo rol no Decreto-lei n° 3.365/41. De outra banda, a doutrina,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

diferencia-os caracterizando necessidade pública como situações emergenciais, já utilidade pública referindo-se a situações que não são emergenciais, contudo, vantajosas para o Ente Público.

A desapropriação por interesse social está ligada ao cumprimento da função social da propriedade, ou seja, o aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade.

Três são as hipóteses de desapropriação sancionatória e todas estão ligadas ao descumprimento da Função Social da Propriedade, com fundamento na Constituição Federal.

A Desapropriação Sanção Urbana encontra previsão no artigo 182 da Constituição, e está regulamentada pela Lei nº 10.257/2001, o Estatuto das Cidades. Essa desapropriação é de competência do município ou o Distrito Federal, que só pode ter como objeto imóvel urbano.

A Constituição garante o direito de propriedade, contudo impõe que o proprietário respeite a função social (artigo 5º, XXII e XIII da Constituição), de maneira que se o proprietário não cumpre a função social da propriedade, poderá sofrer este tipo de desapropriação, com uma forma de penalidade.

Verificado o desrespeito à função social da propriedade, o Poder Público deve praticar uma serie de atos gradativos, visando que o expropriado edifique ou parcele o solo urbano. Caso, não obtenha esse objetivo, a desapropriação surge como a última alternativa.

A Desapropriação Sanção Rural busca impor sanção à propriedade rural que não está cumprindo a função social, que será utilizada, para fins de reforma agrária, gerando ao proprietário o pagamento da indenização. O artigo 186 da Carta Magna diz quais são os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;
>
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Por expressa previsão do texto constitucional, no artigo 185, vemos que a pequena e média propriedade rural, desde que o proprietário não possua outra, e a propriedade produtiva, não estão sujeitas a desapropriação, ainda que elas não cumpram a função social.

> Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
>
> I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
>
> II - a propriedade produtiva.
>
> Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Por fim temos a Desapropriação de Propriedades por Plantio de Psicotrópicas ou por Exploração de Trabalho Escravo, esta modalidade de desapropriação tem previsão no artigo 243, *caput* e parágrafo único, da Constituição:

> Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.
>
> Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ela Relaciona-se à prática de uma ilegalidade e, por essa razão, é tem natureza de sanção. Como se extrai do próprio texto constitucional esse tipo de desapropriação se revela como um verdadeiro confisco, pois não há o pagamento de qualquer indenização ao proprietário.

O artigo 243 da Carta Constitucional divide a desapropriação confisco em duas hipóteses no caput, por não cumprir a sua função social da propriedade, como punição ao mau uso da terra (plantação de psicotrópico ou exploração do trabalho escravo), o imóvel expropriado será destinado à reforma agrária e a programas de habitação popular.

Já no caso do parágrafo único, do mesmo artigo, o bem de valor econômico utilizado no tráfico de entorpecente (por exemplo, avião, helicóptero e carros utilizados para o tráfico de entorpecentes) e no trabalho escravo. Nesse caso, o objeto desapropriado pode ser móvel ou imóvel, que será revertido a fundo especial.

## 3 – A IMISSÃO PROVISÓRIA DE POSSE NO PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO

### 3.1. Procedimento Administrativo e Ação de Desapropriação

A Desapropriação tem natureza jurídica de Procedimento Administrativo, que é realizado em duas etapas. A primeira é a chamada fase declaratória, onde o poder público manifesta discricionariamente o desejo de desapropriar, que em regra, é materializada por meio de decreto do chefe do Poder Executivo (artigo 6º do Decreto-lei n° 3.365/41) ou Lei de efeitos concretos (artigo 8º do Decreto-lei n° 3.365/41), que deve identificar o bem e apontar a sua destinação.

Até o momento da decretação da desapropriação, tudo deve ser indenizado. Após a publicação do decreto somente as benfeitorias necessárias e as benfeitorias úteis previamente autorizadas podem ser indenizadas, conforme o artigo 26, §1º do Decreto-lei n° 3.365/41.

Na segunda etapa, a fase executiva, o Estado paga a indenização e, posteriormente, ingressa no bem. Esta fase se realizada de duas maneiras. Administrativamente, quando há acordo a cerca do valor da indenização, ou pela via judicial, que ocorre em duas situações, se não há consenso sobre o valor da indenização, ou ainda, se o proprietário for desconhecido ou se houver dúvida de quem é o proprietário do bem.

A Ação de Desapropriação é um procedimento de rito especial, onde a discussão é limitada ao valor e às formalidades, e caso o réu da ação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desapropriação deseje contestar outros pontos, deve interessar com uma ação direta, conforme prevê o artigo 20 do Decreto-lei n° 3.365/41.

O Ente público ingressa com a Ação de Desapropriação contra o proprietário do bem, o juiz, por sua vez recebe a inicial e deve nomear o perito, caso haja pedido de imissão provisória na posse do bem, o juiz deve decidir, sobre a entrada antecipada no bem, não havendo previsão legal para oitiva prévia do proprietário.

Ao final do processo, deve ser paga a indenização deve ser composto pelo valor de mercado do bem, lucros cessantes, danos emergentes, juros moratórios e compensatórios, correção monetária e honorários advocatícios.

Sendo que o pagamento é feito da seguinte maneira, o valor que o Estado queria pagar, através da avaliação inicial, paga-se em dinheiro, o valor restante advindo da sentença, que é a diferença entre o valor oferecido pelo Estado e o valor fixado na sentença, será pago mediante precatório, nos termos do artigo 100 da Constituição Federal da República.

**3.2 - Imissão de Posse**

A Administração Pública, já no início da lide, pode adquirir a posse da propriedade particular através da liminar de Imissão de Posse que é uma decisão liminar na qual permite que o ente público tome posse do bem, desde que seja alegada urgência, bem como efetuado o depósito prévio da quantia que o Estado se dispõe a pagar.

Vale dizer que o Poder Público pode declarar a urgência no próprio decreto expropriatório ou em outro momento, tanto durante o procedimento administrativo de desapropriação, como no curso da ação de desapropriação. E uma vez alegada a urgência, esta não poderá ser renovada, devendo o expropriante requerer a imissão provisória no prazo de 120 dias, conforme §2° do artigo 15 do Decreto-lei n°3.365/41.

De Melo (2012, p. 898) conceitua a Imissão Provisória da Posse da seguinte forma:

> Imissão provisória de posse é a transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, importante fixada segundo critério previsto em lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os requisitos da imissão provisória de posse estão previstos no artigo 15, §1°, alíneas "a", "b", "c" e "d" do Decreto-lei n° 3.365/41:

> Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.
>
> § 1º. A imissão provisória poderá ser feita, independentemente da citação do réu, mediante o depósito:
>
> a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;
>
> b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;
>
> c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;
>
> d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará, independentemente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização do imóvel.

A respeito da alegação de urgência não cabe ao Poder Judiciário invadir a esfera política e verificar se é caso ou não de urgência, sob pena de violação a separação dos poderes, assim também pensa Salles (2009, p. 301): "Alegada a urgência pela Administração, não pode o juiz perquirir as razões dessa alegação, para concluir que não ocorre urgência".

Todavia caso a alegação de urgência dada pelo Poder Público seja inverídica, o magistrado pode negar a imissão de posse, pois ausente um dos requisitos legais, como explica De Melo (2012, p. 898):

> Se o expropriado, entretanto, puder demonstrar de modo objetivo e indisputável que a alegação de urgência é inverídica, o juiz deverá negá-la, pois, evidentemente, urgência é um requisito legal para a imissão provisória, e não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> uma palavra mágica, que pronunciada, altera a natureza das coisas e produz efeito por si mesma.

Uma vez cumprido estes dois requisitos, o expropriante tem direito subjetivo a imissão de posse, esse é o entendimento de Carvalho Filho (2011, p. 776-777):

> Registre-se, por oportuno, que, observador tais pressupostos, o expropriante tem direito subjetivo à imissão provisória, não podendo o juiz denegar o requerimento feito nesse sentido. Esse é o sentido que emana do art. 15 da lei expropriatória, segundo o qual, havendo urgência e depósito prévio do valor previamente arbitrado, o juiz deve *imitir o expropriante provisoriamente na posse* do bem objeto da desapropriação.

Assim, alegada a urgência e depositado o preço, em regra, é deferida a liminar de imissão provisória na posse em favor do Ente Expropriante, e isso se dá sem prévia oitiva do cidadão, que na prática perde a sua propriedade, sem ser ouvido previamente para se manifestar sobre laudo de avaliação realizado pelo Poder Público, e também, sem receber a indenização pela perda da propriedade. Nesse mesmo sentido, Carvalho Filho (2011, p. 776):

> A despeito de a imissão de posse não representar ainda a transferência de domínio do bem sujeito à desapropriação, é inegável que, mesmo sendo provisória, seus efeitos são severos para com o proprietário. Na prática, a imissão na posse provoca o total impedimento para que o proprietário volte a usufruir a propriedade, ou seja, sob visão de ordem prática, o que há realmente é a perda da propriedade.

Vale dizer que apesar de provisória, a liminar de imissão detém um caráter quase que definitiva, uma vez que a não ser que o Poder Público desista da desapropriação, a regra é de o bem será incorporado ao patrimônio do Estado, pois no processo de desapropriação resta ao particular basicamente discutir o preço, isso nos precisos termos do artigo 20 do Decreto-Lei n° 3.365/85.

Assim a imissão de posse é constitucional? A leitura do artigo 15 §1°, da Lei Geral de Desapropriação aponta uma afronta a Constituição Brasileira, pois o réu perderia o livre exercício dos poderes inerentes à propriedade, sem ter direito de defender-se previamente, contrariando o devido processo legal, previsto no artigo 5°, LIV Constituição Federal: "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E mais, a imissão de posse seria incompatível com a exigência constitucional de indenização justa e prévia do artigo 5°, XXIV da Constituição Federal, uma vez que o particular perde a posse da sua propriedade, ainda que provisoriamente, sem o recebimento da indenização justa, prévia e em dinheiro.

Como o Decreto-lei n° 3.365/41 é anterior a Constituição Federal de 1988, o questionamento é se deve ou não ser recepcionado o artigo 15, §1°, do Decreto-lei n° 3.365/41.

## 4 – A IMISSÃO DE POSSE DO DECRETO-LEI N° 3.365/41 É CONSTITUCIONAL?

Os critérios adotados pelo Decreto-lei n° 3.365/41 para avaliação realizada unilateralmente pelo poder público conduz a uma indenização injusta, uma vez que o valor cadastral do imóvel para fins do imposto de IPTU raramente condiz com o valor real de mercado do bem.

Nessa linha crítica a imissão provisória de posse Di Pietro (2016):

> Não me parece aceitável a manutenção de uma norma que, feita há 75 anos, em época de governo ditatorial, estabelece critérios matemáticos para o depósito exigido para fins de imissão provisória na posse, sem observância do devido processo legal e sem a garantia, para o expropriado, de que esse depósito compense de forma justa e razoável a perda antecipada da posse e dos poderes inerentes ao domínio, que passam a ser exercidos, de imediato e em toda a sua plenitude, sob alegação de urgência, pelo poder expropriante, embora, teoricamente, seja detentor apenas da chamada posse provisória.

Esse critério defasado acaba beneficiando o ente estatal, em tese, violando os requisitos da previedade e da justa indenização, nos termos do artigo 5°, XXIV da Constituição Federal, se traduzindo num quase confisco.

A justa indenização, ainda que esta paga em virtude do apossamento provisório deve representar todos os prejuízos sofridos com a perda da propriedade, sob pena de configurar enriquecimento ilícito, vedado pelo ordenamento jurídico no artigo 884 do Código Civil.

Nem se poderia dizer que o depósito prévio realizado pelo Poder Público, teria a finalidade de suprir a perda antecipada do bem pelo particular, pois não caracteriza a indenização justa e prévia, além disso, só é autorizado o levantamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de 80% do valor depositado. Pensa assim também Marinela (2012, p. 917): "O depósito não tem como finalidade cobrir a perda do bem resultado da desapropriação, mas apenas ressarcir a providência excepcional que é a perda da posse".

Com relação à ofensa ao devido processo legal, é bastante claro que o expropriante realiza uma perícia unilateralmente, ou seja, sem qualquer participação do proprietário.

De maneira que o cidadão perde o exercício dos poderes inerentes à propriedade, sem qualquer defesa previa, onde seria imprescindível para o deferimento da imissão de posse, a realização de perícia provisória judicial, respeitando, assim os mandamentos constitucionais.

Inclusive o Decreto-lei n° 1.075/70 que trata da imissão de posse na desapropriação por utilidade pública de prédio residencial urbano prevê a realização de uma perícia provisória, como se vê no artigo 2°:

> Art. 2. Impugnada a oferta pelo expropriado, o juiz, servindo-se, caso necessário, de perito avaliador, fixará em quarenta e oito horas o valor provisório do imóvel.
>
> Parágrafo único. O perito, quando designado, deverá apresentar o laudo no prazo máximo de cinco dias.

Di Pietro (2009, p.180-181) ressalta que nas justificativas do Decreto-lei n° 1.075/70 é admitido que a oferta do expropriante, baseada em valor cadastral do imóvel, é inferior ao valor real apurado em avaliação no processo de desapropriação, e assim, dificulta que os proprietários de prédios residenciais, com esse valor, possam adquirir uma nova casa própria, vejamos:

> A vantagem, para o expropriado, do procedimento previsto no Decreto-lei n° 1.075/70 decorre do fato de ser passível de impugnação o preço oferecido pelo expropriante, hipótese em que o valor será arbitrado pelo juiz. O art. 15 do Decreto-lei n° 3.365/41 não admite essa impugnação nem o arbitramento. O objetivo do legislador ficou expresso nos "considerando" que acompanham o Dereto-lei n° 1.075/70; por reconhecer que a avaliação feita pelo Poder Público é sempre abaixo do valor real do bem, quis garantir ao expropriado (desde que habite no imóvel) um depósito inicial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mais próximo daquele valor, que lhe permita a "aquisição de nova casa própria".

Discordando o expropriado do valor ofertado pelo expropriante, o juiz deverá nomear um perito avaliador que fixará num curto prazo o valor provisório do bem, o que inclusive preserva o interesse público, eis que em apenas quarenta e oito horas, será realizada a avaliação provisória e depois depositado o dinheiro, o ente pode ingressar no bem, sem prejuízo relevante à continuidade do serviço público, ou andamento das obras.

Por outro lado os que defendem a constitucionalidade da imissão de posse se apóiam no fato de que o expropriante somente pode fazer uso da imissão provisória de posse, quando for alegada a urgência, pois ele não poderia esperar o fim do processo judicial para ter o bem desejado, nesse sentido Salles (2009, p. 313):

> Certamente, não nos passou despercebido o fato de que a urgência de que se revestem algumas desapropriações seria seriamente prejudicada, se não se possibilitasse ao expropriante a imissão provisória na posse do imóvel expropriado.

Em um verdadeiro caso de sobreposição do interesse coletivo sobre a garantia de propriedade, justificado pela própria urgência e pelo princípio da Supremacia do Interesse Público, assim leciona Harada (2014, p. 105):

> Daí por que a matéria concernente à imissão provisória é regulada pela legislação ordinária, procurando conciliar o interesse público sempre presente em toda desapropriação com o do particular de não ver confiscada sua propriedade.

Essa intervenção do Estado na propriedade privada, por meio da tomada adiantada do bem, é uma exigência do convívio social, pois sopesados os interesses contrapostos, prepondera o mais benéfico à coletividade.

A rigor o expropriado só perde a propriedade ao final do processo de desapropriação, pois a imissão de posse, além de provisória, não tem o condão de transferir propriedade.

Dessarte, ao final do processo é o momento em que se verificam os mandamentos constitucionais do recebimento da indenização justa, prévia e em dinheiro, consoante o artigo 33 do Decreto-lei n° 3.365/41 e Harada (2014, p. 105):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Na verdade, pagamento prévio só é exigível para a efetiva consumação da desapropriação, que se dá com a transferência do domínio para o Poder Público. É, pois, a imissão definitiva na posse, regulada pelo art. 29 da lei de desapropriação, que deve ser precedida do justo preço, fixado por sentença.

Além disso, é facultada a parte no transcorrer do processo impugnar o preço, ou seja, respeitando o contraditório e o devido processo legal, sendo ao final, nos termos do artigo 29 da Lei Geral de Desapropriação, expedido o mandado de imissão definitivo de e realizado o registro de imóveis, quando ocorre a transferência de propriedade, assim, respeitando a regra do artigo 1.245 do Código Civil (Lei n° 10.406/02).

Apesar do artigo 15, § 1º, do Decreto-lei n° 3.365/41 permitir a imissão provisória de posse, a própria norma em questão prevê o depósito prévio do valor oferecido pelo ente público, bem como a possibilidade de levantamento de 80% do valor depositado, conforme o §2° do artigo 33 do Decreto-lei n° 3.365/41, como compensação pelo fato de o expropriado se ver privado antecipadamente do seu bem.

O expropriado também possui direito aos juros compensatórios que servem justamente para reparar as perdas do proprietário em decorrência da entrada antecipada do Estado no bem, sendo computados e pagos ao final da ação, todavia já incidem a partir do momento em que a posse é subtraída.

Assim, os juros compensatórios têm como termo inicial a imissão provisória na posse e marco final a expedição do precatório, tudo conforme o artigo 100, §12° da Carta Republicana, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 62/09, sendo calculados tomando por base o valor obtido na sentença subtraindo o valor que foi levantado pelo proprietário.

Atualmente, o percentual dos juros compensatórios é de 12% ao ano, conforme a Súmula n° 618 do Supremo Tribunal Federal: "Súmula 618 - Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano".

A respeito da perícia provisória prevista no Decreto-lei n° 1.075/70, esta como a própria ementa da lei reza, só se aplica aos casos de a imissão de posse, *initio litis*, em imóveis residenciais urbanos. Assim, o Decreto-lei n° 1.075/70 não é aplicável extensivamente a todos os processos de desapropriação, sob pena

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de ofensa ao Princípio da Legalidade, insculpido no artigo 5°, inciso II, e artigo 37, *caput*, ambos da Constituição.

O Princípio da Legalidade é norma a que está adstrito o magistrado conforme o Novo Código de Processo Civil Brasileiro:

> Art. 8. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

E mais, conforme o artigo 20 do Decreto-lei n° 3.365/41 a contestação só poderá tratar do vício do processo judicial ou a impugnação do preço, sendo qualquer outra questão decidida por ação direta, dessa maneira, a realização de uma perícia provisória representa um verdadeiro adiantamento da instrução.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto e não acolheu o entendimento de não recepção do artigo 15, § 1º, do Decreto-lei n° 3.365/41, não havendo afronta ao princípio da justa e prévia indenização, inclusive editou a Súmula n° 652: "Súmula 652 – STF – Não contraria a constituição o artigo 15, § 1.º, do Decreto-lei 3365/41 (lei de desapropriação por utilidade pública)".

Tem razão o Supremo, pois a imissão provisória é o meio necessário que garante ao Estado a utilização imediata do bem, para que possa atender uma situação de urgência e finalidade pública, em última análise, é uma afirmação do Princípio da Supremacia do Interesse Público, que fundamenta a própria desapropriação como um todo.

A desapropriação e a imissão provisória na posse são fundamentadas na superioridade do interesse público, caracterizado seja pela necessidade, utilidade pública ou interesse social, e somente são legitimadas quando satisfazem o próprio interesse público que as fundamentam.

Contudo, há situações em que a avaliação realizada pelo expropriante apresenta valores muito abaixo ao de mercado, e consequentemente, o particular levanta valores muito abaixo do necessário para a compra de um novo imóvel, ocasionando uma efetiva perda da propriedade sem que haja minimamente uma indenização justa.

Por força do artigo 5°, inciso XXIV, da Constituição Federal, a desapropriação deve se dá mediante justa e prévia indenização em dinheiro, e tal requisito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

encontra-se violado quando o valor atribuído pela Administração se mostra muito abaixo ao valor de mercado.

Ora, o montante correspondente ao depósito prévio deve ficar o mais próximo possível do valor de mercado do bem, assim também entende Carvalho Filho (2011, p. 778):

> Já são tantas as prerrogativas do Poder Público e tantos ônus do expropriado na desapropriação que não se justifica que o valor do depósito prévio, permissivo da imissão provisória na posse (que, na prática significa a perda da propriedade), fique tão distante do preço real do bem, ainda mais quando se sabe que todos os critérios hoje fixados no art. 15 da lei expropriatória conduzem a valores irrisórios.

Depósito prévio irrisório viola claramente a cláusula de garantia dominial consagrado pela Constituição da República no artigo 5°, XXII, que tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade.

Para o ente desapropriar deve respeitar os requisitos constitucionais do artigo 5°, inciso XXIV, dentre eles a pagamento de prévia e justa indenização, sob pena de inconstitucionalidade da Desapropriação, e clara violação ao devido processo legal, nesse sentido são esclarecedores os ensinamentos de Diniz (2009, p. 189-190):

> Por ser a desapropriação uma exceção ao princípio da garantia da propriedade particular, não tem a Administração Pública liberdade para transferir para o seu acervo bens privados; deverá observar os requisitos que autorizam o ato expropriatório: necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, ou em títulos especiais de dívida agrária, quando se tratar de desapropriação de latifúndios para fins de reforma agrária.

A desobediência a um princípio constitucional é a forma mais lesiva de inconstitucionalidade, pois os princípios dão fundamento a todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido são as lições de De Mello (2012, p. 975):

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por que representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

A Administração Pública, não está dispensada da obrigação de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, os princípios constitucionais que, em tema de propriedade, protegem as pessoas contra a eventual expansão arbitrária do poder estatal.

Assim, nesses casos, onda a avaliação realizada pelo expropriante está bem aquém ao valor de mercado do bem, deve se realizar antes da imissão de posse pelo Estado, uma perícia provisória para avaliar o bem, e que assim, baseada nessa perícia e no laudo de avaliação fornecido pelo ente público, será arbitrada quantia a ser depositada para fins de concessão de imissão de posse. Tudo isso, para respeitar o princípio constitucional da Justa indenização.

Tal medida tem o fim de conciliar a urgência e utilidade ou necessidade pública da tomada prévia do bem com o direito a indenização justa do proprietário, não pode ser compelido a receber uma quantia irrisória, ainda que seja como medida de compensação pela perda antecipada da posse.

## 5 - CONCLUSÃO

O direito de propriedade é garantia fundamental do cidadão, todavia sofre interferência do Estado, como ocorre através da desapropriação.

Através do procedimento legal o Estado pode impor a desapropriação, sacrificando o direito de propriedade, através de prévia e justa indenização em dinheiro. E dessa maneira, com a finalidade de proteger o cidadão de qualquer arbítrio do poder estatal e impedir o eventual sacrifício injusto do direito de propriedade, é necessária a adoção de um procedimento que atenda ao devido processo legal.

O artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41 possibilita o expropriante ter a posse antecipada do bem, através da imissão provisória, desde que cumprido os dois requisitos: a alegação de urgência e depósito prévio da quantia, o expropriante tem direito subjetivo a imissão de posse, uma vez que não há violação ao devido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processo legal, pois o Estado está agindo pautado na supremacia do interesse público.

A respeito da compatibilidade da imissão de posse com a exigência da indenização justa, prévia e em dinheiro, previsto no artigo 5°, XXIV da Constituição, é legitima a tomada antecipada do bem, pois é necessária a alegação da urgência pelo expropriante, que seria o equivalente do perigo da demora, pois o Estado não pode esperar o fim do processo judicial para dar a finalidade pública ao bem desejado.

Mais uma vez fundamentando-se o Estado age apoiado no princípio da supremacia do interesse público.

Além disso, é garantido ao particular o levantamento de 80% do valor depositado, sendo que o Estado será compelido a pagar os juros compensatórios, devido pela tomada antecipada do bem.

A harmonia da imissão provisória na posse com a constituição federal inclusive já foi objeto de deliberação no Supremo, que culminou na edição da Súmula n° 652, referendando a aplicação do instituto.

Entretanto há casos em que avaliação do imóvel realizada unilateralmente pela Administração conduz a um valor muito abaixo ao de mercado, e nesses casos, por força do requisito constitucional da prévia e justa indenização, insculpido no artigo 5°, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988, deve ser realizado uma perícia provisória para fins de se buscar um valor mais próximo do justo, sob pena de inconstitucional a imissão de posse, ferindo o direito fundamental de propriedade do cidadão.

Finalizando, o artigo 15, §1°, do Decreto-lei n° 3.365/41 é compatível com a constituição, exceto nos casos em que a avaliação unilateral da administração for irrisória, ou seja, bem aquém do valor de mercado do bem.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 26 nov. 2016.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 26 nov. 2016.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. **Constituição (1988)**, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. Decreto-lei n° 1.075, de 22 de janeiro de 1970. Regula a imissão de posse, *initio litis*, em imóveis residenciais urbanos. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1075.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 3.365/1941**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http:///www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. **Lei 4.132/1962**, de 10 de setembro de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. **Lei 10.257/2001**, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - **Súmula 618**. Brasília, 31 de outubro de 1984. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2191>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - **Súmula 652**. Brasília, 13 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2513>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 24. ed. Rio de Janeiro, 2011, Lumem Juris.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, vol.4 – Direito das Coisas**, 24.ed. São Paulo, 2009, Saraiva.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, 29.ed. 2012, Malheiros.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 22.ed. São Paulo, 2009, Atlas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. O caráter definitivo da imissão provisória na posse. In: **Consultor Jurídico**. São Paulo, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-11/interesse-publico-carater-definitivo-imissao-provisoria-posse>. Acesso: em 26 nov. 2017.

HARADA, Kiyoshi**. Desapropriação Teoria e Prática**, 10.ed. São Paulo, 2014, Atlas.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 6.ed. Niterói, 2012, Impetus.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 10 de dezembro de 1948. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III)
da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

SALLES, José Carlos De Moraes, **A Desapropriação – À Luz da Doutrina e da Jurisprudência,** 6.ed. 2009, Revista dos Tribunais.

---

[1] Pós-graduado em Direito Constitucional pela URCA. brunomoreiral@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

# O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA SEGUNDO O CPC/15

**ERICA IZABEL DA ROCHA COSTA**: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Bacharel em Letras-Português pela Universidade de Brasília –UnB. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Foi escriturária do Banco do Brasil no período de 2010 a 2011. Foi técnica judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em 2013. Foi analista processual do Ministério Público da União no período de 2013 a 2017, ocasião em que atuou como analista processual na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região – PRT/MPT. Atualmente, é membro da Advocacia-Geral da União - AGU, instituição na qual atua como Advogada da União.

O incidente de assunção de competência é um incidente que permite a formação de precedentes, os quais terão eficácia vinculante.

Ele tem por finalidade uniformizar a jurisprudência do Tribunal, por meio da formação de precedentes vinculantes, os quais devem ser observados pelos juízes subordinados ao Tribunal.

Esse instituto processual, tal como previsto pelo Código de Processo Civil de 2015, apresenta uma série de particularidades que merecem uma análise detalhada, que será empreendida no presente artigo.

## Incidente de assunção de competência

O incidente de assunção de competência - IAC foi previsto pelo CPC/15 para a criação de precedentes vinculantes. Ele é instaurado quando do julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, quando envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, mas sem repetição em múltiplos processos.

É muito importante destacar que esse mecanismo não pode ser usado quando envolver questão de direito com repetição em múltiplos processos, pois ele é usado fora do âmbito dos casos repetitivos. Ele não integra a categoria dos julgamentos de casos repetitivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E em quais situações cabe esse incidente? A resposta está no próprio art. 947 do CPC/15, que dispõe ser cabível para questões – seja de direito material ou processual – que têm grande repercussão social e podem gerar divergência jurisprudencial, mas sem repetição em múltiplos processos.

Assim, para assegurar a estabilidade, a integridade e a coerência jurisprudencial, é possível que haja a assunção da competência, de modo que o processo será julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

Além disso, o §4º do art. 947 aumenta o campo de incidência do incidente de assunção de competência, ao dispor que ele pode ser utilizado quando houver relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Desse modo, para evitar divergências entre câmaras ou turmas do mesmo tribunal (divergência interna), pode-se suscitar o incidente para que o órgão colegiado que o regimento indicar defina a interpretação de uma determinada questão de direito.

Prosseguindo. É importante também destacar que o incidente de assunção de competência pode ser suscitado de ofício ou por requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, conforme o §1º do art. 947 do CPC/15.

Admitido o incidente de assunção de competência, ele não será mais julgado pelo órgão que originariamente lhe cabia julgar e sim por um órgão colegiado, mais amplo, que será definido pelo Regimento Interno de cada Tribunal, conforme o §2º do art. 947 do CPC/15.

Neste caso, havendo a assunção, este órgão colegiado que assumirá a competência não julgará apenas a tese, mas deverá também assumir a competência para julgar o caso concreto.

Julgada a tese e o caso concreto, a decisão proferida pelo órgão terá eficácia de precedente vinculante. É o que determina o §3º do art. 947 do CPC/15:

> "***CPC/15***
>
> É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.
>
> § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal."

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça definiu importante questão importante de direito tributário, especificamente sobre execução fiscal no IAC no RMS 53720 SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 20/05/2019.

Cingia-se a questão em definir sobre ser adequado, ou não, o manejo de mandado de segurança para atacar decisão judicial proferida no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80, tema reputado infraconstitucional pela Suprema Corte no ARE 963.889 RG, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 27/05/2016.

Isso porque dispõe o artigo 34 da Lei 6.830/80 que "Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinqüenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração".

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 637.975-RG/MG, na sistemática da repercussão geral, firmou a tese de que "*É compatível com a Constituição o art. 34 da Lei 6.830/1980, que afirma incabível apelação em casos de execução fiscal cujo valor seja inferior a 50 ORTN*" (Tema 408/STF).

Apreciando a questão, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, das decisões judiciais proferidas no âmbito do art. 34 da Lei nº 6.830/80, são oponíveis somente embargos de declaração e embargos infringentes, entendimento excepcionado pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, a teor do que dispõe a Súmula 640/STF:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de Juizado Especial Cível ou Criminal".

Em reforço argumentativo, destacou o STJ que é incabível o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula 267/STF.

Assim, a tese firmada no IAC no RMS 53720 pelo STJ foi a seguinte: "Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80".

**Procedimento do incidente de assunção de competência**

Como supramencionado, com o incidente de assunção de competência, o julgamento do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária passará a ser feito por um a órgão mais amplo do que o originariamente competente.

Este órgão mais amplo caberá, no início da sessão, decidir se estão ou não presentes os requisitos para a assunção de competência, isto é, se há "*interesse público na assunção de competência*".

Caso se decida pela inadmissibilidade da assunção, deverá o feito ser restituído ao órgão de origem, que prosseguirá no julgamento.

Por outro lado, admitido o incidente, porém, o órgão mais amplo, indicado no regimento interno, julgará o caso concreto, produzindo decisão cujos fundamentos determinantes vincularão todos os magistrados e órgãos fracionários vinculados àquele tribunal.

Essa eficácia vinculante só cessará se e quando ocorrer revisão da tese (art. 947, § 3º do CPC/15), com a superação do precedente, o que exige a instauração de procedimento próprio, em que também deverá ser admitida a participação de *amici curiae* e a realização de audiência pública (art. 927, § 2º, do CPC/15 - aplicável em razão da existência do microssistema de formação de precedentes vinculantes).

E se o acórdão proferido em incidente de assunção de competência for desrespeitado, qual a medida processual cabível? Pois bem. Neste caso, o inciso IV, do art. 988 do CPC/15, dispõe que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de assunção de competência.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:  Acesso em: 10 Junho 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Novo Código de Processo Civil de 2015 - Comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, n. 172.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7347 e legislação complementar).** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MARINONI, Luiz Guilherme. **CPC Comentado**. 3ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# ALHEAMENTO ELEITORAL: VOTOS NULOS E BRANCOS

**MARIA LAURA DE MELO SOUSA**: Graduada em Direito no Centro Universitário de Patos de Minas - UNIPAM.

**RESUMO**: O presente trabalho visa analisar o impacto dos votos em branco, votos nulos e as abstenções sobre a legitimidade das democracias contemporâneas. O alheamento eleitoral tem se reiterado e tem se tornando uma preocupação nas eleições no que tange o sistema eleitoral especificamente, no Brasil. A discussão desse alheamento tem sido fomentada com o objetivo de compreender tal conjuntura política que incentiva tal comportamento dos eleitores. Isso porque, o alheamento eleitoral pode ser, realmente, uma forma de questionamento político (pois pode demonstrar insatisfação e protesto) a ser refletido na democracia representativa. Utiliza-se com método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o bibliográfico e o jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Alheamento eleitoral. Repercussão social.

**ABSTRACT**: This paper aims to analyze the impact of blank votes, null votes and abstentions on the legitimacy of contemporary democracies. Electoral alienation has been reiterated and has become a concern in the elections regarding the electoral system specifically in Brazil. The discussion of this alienation has been fostered in order to understand such a political conjuncture that encourages such behavior of voters. This is because electoral alienation may actually be a form of political questioning (as it may demonstrate dissatisfaction and protest) to be reflected in representative democracy. The deductive method of approach is used and the bibliographic and jurisprudential method of procedure.

**KEY WORDS**: Democracy. Electoral alienation. Social repercussion.

**SUMÁRIO:** 1 Considerações iniciais 2 Democracia 3 Alheamento eleitoral 4 Pressupostos alheamento eleitoral 5 Impacto votos brancos e nulos 6Considerações Finais. Referências. Anexos.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A dissertação, ora em apreço, ganha relevo na medida em que procura demonstrar a repercussão social da participação política na conjuntura atual brasileira, sendo que a incidência de votos nulos, brancos e abstenções tem sido



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alarmante. Isso porque, o alheamento eleitoral pode ser, realmente, uma forma de questionamento político (pois pode demonstrar insatisfação e protesto) a ser refletido na democracia representativa.

O alheamento eleitoral, como generalização, deve ser contextualizado em situações e cenários empíricos específicos para que seu poder explicativo torna-se claro de acordo com as situações que pretende analisar. Os autores utilizados para interpretar tais fenômenos dialogam dentro de um escopo de inspiração liberal ou de critica a essa linha de percepção politica, e em geral referem-se a sistemas eleitorais de voto facultativo, apesar deste ponto, relevante no debate politico brasileiro, não seja especificamente problematizado pelos autores em questão. Embora exista ampla discussão no Brasil e alhures sobre a questão do alheamento eleitoral, inclusive fenômenos de abstenção politica em massa em países como Portugal, por exemplo, busca observar os princípios de tais ações e as interpretações de autores clássicos escolhidos.

O debate acerca da participação política é incontestavelmente mais amplo do que a questão de participação eleitoral. Joseph Shumpeter, possivelmente pioneiro ao problematizar a não-participação voluntaria de cidadãos no processo eleitoral, será apenas abordado na discussão sobre Carole Pateman, que critica longamente sua proposta pelo fato do autor não ver a participação restrita como um problema, e sim uma positiva e crucial para a manutenção do sistema representativo (algo também que Pierre Bordieu diagnostica, porem com enfoque critico, em sua obra La Distinction)

O intuito da construção doa alheamento eleitoral, portanto, não é esgotar realidades de ausência na participação politica, e sim fornecer uma ferramenta conceitual a ser utilizada como ponto de partida para a análise de situações eleitorais concretas, a partir de alguns clássicos da teoria política contemporânea.

## 2 DEMOCRACIA

"Democracia" é um conceito que permeia tanto os imaginários sociais quanto as instituições políticas ocidentais. No fundo, a idéia de democracia está principalmente vinculada a mecanismos de igualdade e ampla participação. Somada a princípios do republicanismo e do liberalismo a partir do século XVI, que associam a política de Estados à idéia de soberania nacional (que supõe, entre outras chaves, apoio formal da população eleitora ao Estado e ao governo), a democracia contemporânea acabou se tornando algo bastante complexo após a reivindicação de ampliação das regras formais que antes contemplavam apenas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

classe masculina pagadora de impostos para a quase totalidade da população dos países que adotam tal sistema (SARTORI, 1996).

Partindo do pressuposto que toda ação social tem finalidades (regidas por intenções), mecanismos (regidos pela racionalidade em interação com o cenário social) e resultados (regidos pela realidade, determinando o sucesso ou o fracasso da ação), a política democrática ideal seria aquela onde há o bem comum como fim, mecanismos de participação popular para alcançá-lo, e resultados que correspondam satisfatoriamente a este fim almejado3. Dentre esses elementos, porém, o que se sobressai na idéia de democracia é o mecanismo de participação (mais precisamente, o acesso direto ou indireto da população às decisões públicas). Dependendo do grau de acesso às decisões públicas, o cidadão está mais ou menos vinculado à política.

Segundo Albert Hirschman, um dos problemas da ampliação do sufrágio é o monopólio da legitimidade do voto. O voto popular seria uma forma reduzida de ação política, que acaba tornando o cidadão comum politicamente fraco, pois ele está isolado e diluído em milhões de outras pessoas formalmente iguais. Nesta linha de pensamento, Richard Flathman (1996) afirma que os cidadãos comuns têm duas escolhas: ou obedecem aos comandos, ou desligam-se da associação política. Ele cita uma terceira opção, conhecida como "desobediência passiva" ou "civil", na qual o comportamento é de submissão pacífica e interiormente o cidadão encontra-se em estado de insatisfação e rebeldia, mas está limitado pelo monopólio da legitimidade do voto.

## 3 ALHEMANTO ELEITORAL

Por alheamento eleitoral entende-se a manifestação, em uma eleição, de indivíduos que não escolhem um representante político para exercer o poder. A categoria alheamento eleitoral tenta, então, definir uma dimensão obscura na política. Ela denuncia a falência de determinada parcela do eleitorado em prover conteúdos ao formato representativo, ou o objetivo primordial de uma eleição, que é eleger representantes.

Dentro da discussão sobre votos válidos e alheamento eleitoral, todo voto válido é a manifestação de uma escolha, e todo alheamento eleitoral é a ausência desta escolha. Enquanto o montante de votos válidos permite que a política siga adiante, o alheamento eleitoral não apresenta uma resposta. O voto válido atribui conteúdo à decisão, o alheamento eleitoral potencialmente paralisa o processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As razões pelas quais o indivíduo não escolhe seus representantes podem ser inúmeras. Não existe consenso na literatura especializada sobre as causas deste tipo de comportamento, mas pode-se dizer que o alheamento eleitoral é fruto de estados de consciência e de comportamentos políticos gerais, que se manifestam de forma específica em eleições, como forma de alienação, apatia, insatisfação, protesto, entre outras.

O pensamento dos autores se resume na seguinte argumentação: "o cidadão democrático é requisitado para concretizar objetivos contraditórios: deve ser ativo ao mesmo tempo ser passivo; envolvido, mas não muito; e exercer influência, mas não deferência" (ALMOND E VERBA, 1966, p. 343-4). Assim, para satisfazer um ideal democrático o eleitor deve ser ativo, informado, racional, influente. Para estar de acordo com os limites que a realidade impõe, porém, ele deve ser passivo, pouco informado e voltado para sua esfera privada.

A democracia seria um fracasso se o comportamento dos atores correspondesse em gênero, número e grau às idealizações. Afinal de contas, como os próprios autores argumentam, "pode simplesmente não valer a pena ser um bom cidadão" (ALMOND E VERBA, 1966, p. 340), já que a maioria dos interesses do cidadão comum (que não é o cidadão ideal) não são políticos. O cidadão comum não se identifica e nem acompanha a complexidade dos eventos políticos (a assimetria de informações é muito grande e não vale a pena tentar diminuí-la) e além disso, ele possui outras demandas individuais, mais importantes do que questões públicas.

## 4 PRESSUPOSTO ALHEAMENTO ELEITORAL

O primeiro pressuposto da categoria alheamento eleitoral é que a política, por mais que seja sempre motivada por interesses e valores (sendo composta, então, de dimensões subjetivas), é eminentemente prática, ou seja, ligada à ação. Os resultados da política são sempre motivados por algum valor, mas as consequências dos atos políticos nem sempre correspondem às intenções dos agentes (CHISHOLM, 1998).

O segundo pressuposto surge justamente deste caráter prático da política: tanto o depósito de votos válidos quanto o alheamento eleitoral são comportamentos, ou seja, ações sociais, e não apenas estados de consciência ou intenções. Por fim, o terceiro pressuposto é que intenções e resultados não são sinônimos (sendo os comportamentos ligados a resultados). Desta forma, por mais que as motivações de cada fenômeno que compõe o alheamento eleitoral sejam diferentes entre si (votos nulos geralmente são associados a protesto, votos em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

branco, a indiferença, e abstenções, a repúdio aos candidatos, conteúdos ou sistema, ou ao comodismo), o impacto do comportamento de distanciar da legitimidade do sistema representativo é o mesmo para as três formas de ação (ou, mais precisamente, três formas de inação).

Esclarecida a categoria, a discussão problematiza os fundamentos da legitimidade, que são diretamente ligados à crença e à aceitação populacional da comunidade política, do Estado, do regime, do sistema, e do governo (LEVI, 1996). A legitimidade é, desta forma, qualitativa, pois depende dos valores da população, e quantitativa, pois requer que a maior parte das pessoas – parcela significativa e majoritária desta população - aceite as estruturas da organização política. Ao se compreender os fundamentos gerais da legitimidade, é possível observar mais precisamente as formas com as quais ela se manifesta. No fundo, legitimidade política é inversamente proporcional ao grau de conflito entre população e Estado. Quanto mais aceitação, menos questionamento.

Contudo, em sociedades complexas, existem diferentes formas de se questionar a ordem estabelecida, e resta saber se o alheamento eleitoral pode ou não ser uma forma de questionamento. Mais precisamente, se ele seria uma forma politicamente eficaz de questionamento popular, ou seja, se e como atinge a legitimidade do sistema representativo (em uma escala gradativa, é preciso saber que nível da estrutura política está sendo questionado, desde o elemento mais vulnerável ao mais estruturado, ou seja, desde a legitimidade do governo, mais passível de questionamento, passando pela legitimidade do sistema e do regime adotado, até chegar à legitimidade da comunidade política e do Estado).

## 5 IMPACTO VOTOS BRANCOS E NULOS

Segundo Albert Hirschman, um dos problemas da ampliação do sufrágio é o monopólio da legitimidade do voto. O voto popular seria uma forma reduzida de ação política, que acaba tornando o cidadão comum politicamente fraco, pois ele está isolado e diluído em milhões de outras pessoas formalmente iguais.

Nesta linha de pensamento, Richard Flathman (1996) afirma que os cidadãos comuns têm duas escolhas: ou obedecem aos comandos, ou desligam-se da associação política. Ele cita uma terceira opção, conhecida como "desobediência passiva" ou "civil", na qual o comportamento é de submissão pacífica e interiormente o cidadão encontra-se em estado de insatisfação e rebeldia, mas está limitado pelo monopólio da legitimidade do voto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dentro da discussão sobre votos válidos e alheamento eleitoral, todo voto válido é a manifestação de uma escolha, e todo alheamento eleitoral é a ausência desta escolha. Enquanto o montante de votos válidos permite que a política siga adiante, o alheamento eleitoral não apresenta uma resposta. O voto válido atribui conteúdo à decisão, o alheamento eleitoral potencialmente paralisa o processo.

As razões pelas quais o indivíduo não escolhe seus representantes podem ser inúmeras. Não existe consenso na literatura especializada sobre as causas deste tipo de comportamento, mas pode-se dizer que o alheamento eleitoral é fruto de estados de consciência e de comportamentos políticos gerais, que se manifestam de forma específica em eleições, como forma de alienação, apatia, insatisfação, protesto, entre outras.

O pensamento dos autores se resume na seguinte argumentação: "o cidadão democrático é requisitado para concretizar objetivos contraditórios: deve ser ativo ao mesmo tempo ser passivo; envolvido, mas não muito; e exercer influência, mas não deferência" (ALMOND E VERBA, 1966, p. 343-4). Assim, para satisfazer um ideal democrático o eleitor deve ser ativo, informado, racional, influente. Para estar de acordo com os limites que a realidade impõe, porém, ele deve ser passivo, pouco informado e voltado para sua esfera privada. A democracia seria um fracasso se o comportamento dos atores correspondesse em gênero, número e grau às idealizações.

Afinal de contas, como os próprios autores argumentam, "pode simplesmente não valer a pena ser um bom cidadão" (ALMOND E VERBA, 1966, p. 340), já que a maioria dos interesses do cidadão comum (que não é o cidadão ideal) não são políticos. O cidadão comum não se identifica e nem acompanha a complexidade dos eventos políticos (a assimetria de informações é muito grande e não vale a pena tentar diminuí-la) e além disso, ele possui outras demandas individuais, mais importantes do que questões públicas.

Autores como Lipset, Sartori, Huntington e Almond e Verba enfatizam que a estabilidade das democracias representativas está entre outros aspectos, em aceitar um cenário político de desigualdade estrutural. Os outros autores a serem abordados daqui para frente criticam este tipo de pensamento, ao enfatizarem a qualidade da dimensão participativa, que inclui acompanhamento de mandatos e interferência política cotidiana. O alheamento eleitoral seria, para esses autores, quase uma resignação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Pateman, quem se sente parte de uma coletividade não se alheia nem política nem eleitoralmente. É neste ponto que se qualifica um eleitorado. As mentalidades dependem da realidade que rodeia a população, dos tipos de estímulo, de educação pública, que são todas variáveis manipuláveis. Se os defensores da estabilidade suficiente afirmam que o indivíduo é apático porque é auto-centrado e confere maior importância à esfera privada (PATEMAN, 1992, p. 26), não se trata de natureza humana imutável, e sim da realidade socialmente construída.

Macpherson critica a assepsia deste pensamento, por reduzir a esfera política a mecanismos de rodízio das elites no poder. Já a explicação da realidade e as constatações do funcionamento do processo e de suas conseqüências confundem a explicação com a justificativa. Macpherson afirma que este tipo de relação elimina os valores igualitários da democracia no meio do caminho. Em contraposição ao homem racional e interessado pela esfera pública da democracia pré-liberal (ou o que Schumpeter denominou democracia clássica), este modelo assume que a população decai para um grau inferior de racionalidade ao lidar com política, pelo fato desta não fazer parte de seu cotidiano, e considera isto desejável. Este tipo de argumento sugere um incentivo social à tutela de Estado, à satisfação por apatia política e voto válido, ou no máximo, à insatisfação política limitada a protestar por alheamento eleitoral.

Bourdieu, ao contrário, afirma que as pessoas geralmente não se abstêm em questões com as quais têm familiaridade. Tudo depende do grau de contato que o indivíduo possui com o meio social (e da qualidade deste contato). Quanto mais abstrata a questão, mais longínquo torna-se o contato, e mais inconsistentes ficam o interesse e a capacidade de interferência do cidadão comum. À medida que questões se afastam da esfera privada e se aproximam da esfera pública, as pessoas tendem a não ter opinião formada e muitas vezes sequer sabem do que se trata o assunto.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sentimento crescente de distância entre os cidadãos brasileiros e o que é supostamente o governo deles refletiu-se tanto na opinião pública como no comportamento eleitoral. Não surpreende que as eleições nacionais sejam ocasiões em que a satisfação dos cidadãos com sua democracia revive temporariamente, para depois cair quando a política retorna à rotina.

A categoria alheamento eleitoral tenta, então, definir uma dimensão obscura na política. Ela denuncia a falência de determinada parcela do eleitorado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em prover conteúdos ao formato representativo, ou o objetivo primordial de uma eleição, que é eleger representantes.

É óbvio que durante a campanha eleitoral os políticos e os partidos precisam fazer um esforço maior para estabelecer contato com eleitores potenciais. Mas mesmo nesse ponto, as recentes mudanças observadas na percepção dos partidos políticos levantam dúvidas sobre a eficácia desses contatos.

A falta de interesse e a frustração em relação à política parecem ter influenciado o declínio do registro de eleitores entre aqueles que chegam à idade eleitoral, o aumento da taxa abstenção, apesar do voto obrigatório, e o crescimento do número de votos em branco e nulos. Considero esse comportamento eleitoral uma indicação do crescimento da apatia política e até mesmo de algum alheamento da política.

No que se refere ao alheamento eleitoral, o comportamento de autoexclusão nas eleições só serve para reforçar o caráter pouco democrático, porque pouco participativo, das democracias representativas. Não seria um elemento funcional para a manutenção do equilíbrio da sociedade como um todo, e sim para a manutenção de um cenário desigual pela natureza de princípios de competitividade, e não de igualdade.

**REFERÊNCIAS**

ALMOND, Gabriel e VERBA, Sidney. **The civic culture**. Boston: Little, Brown and Company Inc., 1965.

AVRITZER, Leonardo. **Teoria crítica e teoria democrática**: da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, v. 53, p. 161-187, 1999.

_____. **Sociedade civil, instituições participativas e representação**: da autorização à legitimidade da ação". Dados, Rio de Janeiro, v. 50, p. 443-464, 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT, Rio de Janeiro. **Normas ABNT sobre documentação.** Rio de Janeiro, 2000. (Coletânea de normas).

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicolas e PASQUINO, Gianfranco.(orgs.), **Dicionário de política**, volumes 1 e 2, Brasília: Ed. UnB, 1995.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BOURDIEU, Pierre. **Distinction**: a social critique of the judgement of taste. Cambridge, Massachusetts, Harvard: University Press, 1984.

BOTTOMORE, Tom. (ed.) **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

BRETTON, Philippe. A incompetência democrática. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

CHISHOLM, Robert. **A ética feroz de Nicolau Maquiavel**. In: QUIRINO, Célia Galvão; VOUGA; Claudio e BRANDÃO, Gido Marçal (orgs.). Clássicos do pensamento político moderno. São Paulo: Edusp, 1998.

COHN, Gabriel. **Crítica e resignação**: fundamentos da sociologia de Max Weber. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1979.

COSTA PORTO, Walter. **Dicionário do voto**. Brasília: Ed. UnB, 2000.

CROZIER, Michel; HUNTINGTON, Samuel e WATANUKI, Joji. **The crisis of democracy**. New York: Columbia University Press, 1975.

DAHL, Robert. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 1997.

FERREIRA ABH. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª edição. São Paulo, Positivo, 2016.

FLATHMAN, Richard E. Legitimacy. In: GOODIN, Robert e PETTIT, Philip. (eds.) A companion to contemporary political philosophy. Cambridge, Massachusetts: Blackwell Publishers, 1996.

HIRSCHMAN, Albert O. **De consumidor a cidadão**: atividade privada e participação na vida pública. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEVI, Lucciano. Verbete "Legitimidade". In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicolas e PASQUINO, Gianfranco.(orgs.), Dicionário de política, volumes 1 e 2, Brasília: Ed. UnB, 1995.

LIPSET, Seymour Martin. **Political man**: the social basis of politics. Garden City, New York: Doubleday & Company, Inc, 1960. LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: Ed. UnB, 1980.

MACPHERSON, Crawford B. **A democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber**: dois estudos sobre a teoria da legitimidade. Rio de Janeiro: ed. Guanabara, 1990.

MIGUEL, Luis Felipe. **Um ponto cego nas teorias de democracia**: os meios de comunicação. Revista BIB (ANPOCS), número 49, pp. 51-78, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1º semestre de 2000.

MOUFFE, Chantal. On the political. Nova York: Routledge, 2005. _____. O regresso do político. Lisboa: Gradiva, 1992.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PIZZORNO, Alessandro. **Introdución al estudio de la participación política**. In: PIZZORNO, Alessandro; KAPLAN, Marcos e CASTELLS, Manuel. Participacion y cambio social en la problematica contemporânea. Buenos Aires: Siap-Planteos, 1975.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

RANIERI, Jesus. A câmara escura, São Paulo, Boitempo, 2001. REIS, **Fábio Wanderley. Política e racionalidade**: problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política. Belo Horizonte: UFMG/PROED/RBEP, 1984.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **A lógica-dual da ação coletiva**. Dados, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, 1989. _____. Paradoxos do Voto. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 20, 1992.

SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada, volume 1, São Paulo: Ed. Ática, 1987.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. New York: Harper Collins Publishers, 2002. SCOTT, James C. Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance. London: Yale University Press, 1987. SOUZA, Jessé. (org.) A atualidade de Max Weber. Brasília: Ed. UnB, 2000.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**, São Paulo: Editora Moraes, 1989.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# PROJETO DE RESSOCIALIZAÇÃO DOS INTERNOS NO SISTEMA PRISIONAL DE PORTO NACIONAL/TO

**RICARDO FRANÇA GOMES**: Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**SIBELE LETÍCIA BIAZOTTO**[1]

**RESUMO:** O presente artigo trata da implementação do projeto de ressocialização dos internos no Sistema Prisional de Porto Nacional/TO ao discutir as políticas públicas que viabilizam os direitos dos infratores. O tema se concentra em projetos de ressocialização de internos, que são marcados pelo preconceito, e coloca em prática o conhecimento adquirido no meio acadêmico. Objetiva-se analisar a realidade enfrentada pelos detentos e fazer uma análise sobre os caminhos que possibilitam a implantação de projetos para que o interno, ao deixar a prisão, possa voltar ao convívio social com uma profissão e garantir uma renda para sua família. Delimita-se na forma como é trabalhada a ressocialização dos reeducandos de Porto Nacional/TO, de modo que seja significativa para a viabilização dos seus direitos. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, em livros, artigos e leis pertinentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Prisional; Ressocialização; Profissionalização.

**ABSTRACT:** This article deals with the implementation of the inmates' resocialization project in the Porto Nacional Prison System - TO. Discusses the public policies that make the rights of violators viable. The theme draws attention to internally resocialization projects, which are marked by prejudice, and puts into practice the knowledge acquired in the academic environment. The purpose of this article is to analyze the reality faced in Brazilian prisons and to analyze the ways that allow the implementation of projects so that the intern, when leaving the prison, can return to social life with a profession and guarantee an income for his family. It delimits the way the resocialization of the reeducandos of Porto Nacional / TO is worked out, so that it is significant for the viability of their rights. The methodology adopted was bibliographic research, in books, articles and relevant laws.

**KEYWORDS:** Prison System; Resocialization; Professionalization.

## 1 INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No decorrer deste artigo, discutir-se-á sobre projetos de ressocialização dentro do sistema prisional, entendendo, assim, o contexto que envolve a realidade enfrentada pelos internos, com o foco em atividades profissionalizantes realizadas em oficinas produtivas. As políticas públicas e leis que enfatizam a garantia de direitos, como emancipação do cidadão, serão expostas, assim como a implantação de projetos como o de Santa Catarina, que servem de modelo para o sistema prisional do Brasil.

Pensar nos internos do sistema prisional é pensar em projetos socioeducativos para evitar a reincidência, é acreditar no ser humano e apostar em perspectiva de vida, pois a sociedade tem dificuldades em oferecer oportunidade para egressos do sistema penitenciário, e os projetos contribuem bastante para a vida durante e após o presídio.

É relevante a informação, por meio de pesquisas e projetos, que tem surgido efeito quando se trata de garantia de direitos e da ressocialização dos internos, pois o preconceito é nítido na sociedade ao se deparar com ex detento, por isso a importância dos projetos profissionais. É importante entender que quem infringiu a lei tem de pagar por seus erros, mas que também é um ser humano, dotado de direitos, que necessita de oportunidades para se reerguer.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar a realidade enfrentada pelos detentos e fazer uma análise sobre os caminhos que possibilitam a implantação de projeto em outros Estados, para que o interno, ao deixar a prisão, possa voltar ao convívio social com uma profissão e garantir uma renda para sua família. Delimita-se o foco na forma como é trabalhada a ressocialização dos reeducandos de Porto Nacional/TO, de modo que seja significativa para a viabilização dos seus direitos.

A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, em livros, artigos e leis pertinentes. Para tanto, a pesquisa ficou assim distribuída: a primeira parte apresenta as condições prisionais no Brasil, o conceito de execução penal – LEP e os princípios relativos à execução da pena e realidade social da pena.

Na segunda seção, apresenta-se o projeto de ressocialização educativo de Santa Catarina – modelo nacional –, bem como o projeto de ressocialização da cidade de Porto Nacional, que, em parceria com a Associação dos artesãos, fórum e o sistema prisional, pretende proporcionar atividades profissionalizantes por meio de artesanato decorativo, artístico e utilitário. Para finalizar, são apresentadas as considerações finais e referências bibliográficas.

## 2 CONDIÇÕES PRISIONAIS NO BRASIL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao Estado, no sentido *lato sensu*, cabe, por meio da lei, a aplicação das normas, na esfera penal. Sabe-se que compete a ele toda a persecução penal por meio de uma série concatenada de atos que têm o condão de cumprir requisitos capazes de aplicar a lei, obedecendo a princípios constitucionais.

Tomando conhecimento de um crime ou contravenção penal, o Estado inicia uma conduta que busca chegar aos indícios de autoria e materialidade de tais delitos para que se forme a convicção necessária à propositura de uma ação penal. Desta feita, existe todo um aparato estatal delineado em diversos órgãos dentre os poderes que atuam, cada um, dentro de suas competências, para que tal processo possa chegar até a aplicação do direito de punir. Essa é uma das fases da persecução criminal, em que se respeitam todos os princípios Constitucionais, dentre eles o do contraditório e ampla defesa, bem como o devido processo legal.

De acordo com Mirabete (2002, p. 87), importa salientar também que o direito de punir não finaliza as fases do processo de aplicação da lei pelo Estado em desfavor do réu. O direito penal brasileiro tem como princípio o caráter ressocializador da pena, que, por sua vez, traz a premissa de que a aplicação da pena pelo Estado não tem apenas o condão de punir o indivíduo. Vejamos o que o autor diz:

> O direito, o processo e a execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social, indispensável, mas nem por isso o de maior alcance, porque a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do Estado e pela ajuda pessoal

Cabe também ao Estado recolocar a pessoa que praticou o crime novamente em seu ciclo normal de vida na sociedade e, para isso, é necessário dar vazão ao caráter de reconstrução da conduta do indivíduo para que o mesmo possa, por meio desse processo, voltar ao convívio social, exercendo seus direitos e deveres de cidadão e sendo aceito pela comunidade. Nota-se que é de suma importância que o Estado, a sociedade civil organizada e os agentes de execução penal possam reconhecer essa necessidade e essa característica para dar a real importância que ela tem, pois só assim será possível cumprir com o papel social da aplicação da lei penal, considerando que a punição não é suficiente para restaurar a conduta do indivíduo, sendo necessário o desenvolvimento de políticas públicas capazes de inserir novamente o apenado na vida em sociedade. O artigo primeiro da Lei de Execução Penal é bem taxativo em relação à função da execução penal:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art 1º- Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O artigo citado evidencia a importância da execução penal, bem como sua função dupla, sendo elas a de configurar o caráter punitivo e conceder ao apenados condições para que sejam submetidos ao processo de ressocialização adequadamente.

A psicopedagoga Jesus (myblog.com/2007/09/12) salienta que:

> A lei de Execução Penal foi influenciada, por esses estudos, pela preocupação por buscar a individualização da execução da pena, respeitar o preso como pessoa, como cidadão e não simplesmente, como criminoso. Nesta linha de respeito pela pessoa do preso, a Lei de Execução Penal prevê a realização de exame de personalidade, diferenciando essencialmente do exame criminológico, já que investiga a relação crime – criminoso, enquanto o de personalidade busca a compreender o preso enquanto pessoa, "para além das grades", visando uma investigação de todo um histórico de vida, numa abordagem, bem mais abrangente e profundo.

Descendo as minúcias do caso em questão, temos que o processo de aplicação da pena acontece de maneira propriamente dita nos estabelecimentos penais, e o Estado, por meio de seus agentes de execução penal, administra o processo de execução da pena ao qual foi submetido cada condenado. Dentro desse contexto, é sabido que existe certa discriminação ou aversão ao princípio ressocializador da pena por parte de alguns agentes do sistema de execução penal.

Tal atitude tem causado grande prejuízo para todo o processo, pois esses agentes, por serem as pessoas que aplicam e administram na prática o processo de execução penal, deveriam atuar como os primeiros garantidores dos direitos constitucionais, pois são eles que conhecem de perto a realidade de todo o sistema de execução penal.

Cabe a tais agentes, além de supervisionar o trabalho dos reeducandos, orientá-los nessas atividades, estimulá-los, instigando-os a buscar cada vez mais no trabalho a sua reconstrução como cidadão. Porém, o que tem acontecido em muitos casos é o oposto, pois o trabalho tem sido usado para subjugar os presos, humilhá-los e puni-los.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal conduta causa inúmeros prejuízos, pois os efeitos dessas discriminações promovem reações contrárias no processo de ressocialização de tais reeducandos, fazendo com que tenham aversão, ao invés de prazer, na realização dos trabalhos aos quais são submetidos, o que desconfigura toda expectativa originária do projeto da ressocialização.

Zacarias (2006, p. 65) afirma na passagem a seguir exatamente o contexto discriminatório e distorcido que a sociedade tem acerca do apenado, o que dificulta sua inserção ao convívio social após o cumprimento de sua pena:

> Devemos ter em mente, que o preso, o condenado, na mente do cidadão comum e mesmo dos mais evoluídos, será sempre uma ameaça, não bastando que tenha pago seu crime com a supressão de sua liberdade, a pecha lhe incomodará por toda sua vida.

Tais discriminações por parte dos agentes de execução penal têm como base o próprio pensamento social, que em sua maioria vê a aplicação dos elementos ressocializadores da pena por parte do Estado como um abrandamento da pena ou como uma benesse injustificável dada a tais reeducandos. Isso faz com que os agentes, por sua vez, até de maneira inconsciente, acabem reproduzindo esses pensamentos, condutas e comportamentos na sua rotina diária dentro dos estabelecimentos penais.

Não é forçoso afirmar que o pensamento social com relação ao processo ressocializador pressiona os servidores públicos a agirem de maneira discriminatória com relação aos reeducandos, pois recebem da comunidade externa todos os tipos de pressões que vão contra o desenvolvimento de projetos que busquem aplicar a ressocialização.

Os agentes acabam desvirtuando suas funções ao descriminar os presos, colocando-os em situações vexatórias e humilhantes quando estão na rotina de trabalho, o que contribui para o não êxito dos projetos, na medida em que os reeducandos passam a ver o trabalho não como um instrumento de promoção de cidadania, mas como pano de fundo para a prática dos mais variados tipos de condutas desumanas e atentatórias aos princípios constitucionais do trabalho.

O artigo 3º, inciso IV, da CF/88, é taxativo quanto aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de garantir, de forma isonômica, o pleno gozo de direitos: "IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, o trabalho tem o fator contributivo no índice de ressocialização, permitindo que o ex-detento, ao cumprir sua pena, abandone o mundo do crime e encontre no trabalho a forma de reinserção social.

A erradicação da reincidência traria benefícios para toda a sociedade com a garantia de emprego no mercado de trabalho.

A ressocialização não é uma benesse em si mesmo, e sim um processo que retira de maneira gradativa o apenado do mundo do crime, e também os agentes públicos, que por sua vez conseguiriam entender que o seu papel não se resume apenas em "vigiar" o preso, mas também proporcionar a transformação social, sendo formadores de opinião e contribuindo para a mudança da mentalidade criminosa do apenado, levando este a pensar na mudança de vida.

Rogério Greco (2011, p. 443) enfatiza, na seguinte passagem, a necessidade de tornar pública a fundamental importância do caráter ressocializador da execução penal, propriamente dita:

> Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade.

O ambiente e a convivência social nas unidades prisionais também melhorariam, pois, uma vez que se diminua a discriminação, o respeito entre os agentes prisionais e a comunidade carcerária ganha espaço, fazendo com que o ambiente melhore ao ponto de a comunidade querer se aproximar para participar desse processo.

Por outro lado, a unidade prisional ajuda no desenvolvimento de ações sociais, participando das políticas públicas de inclusão e mostrando para essa comunidade que a ressocialização é possível quando todos entendem o seu papel e erradiquem a discriminação.

## 2.1 CONCEITO DE EXECUÇÃO PENAL – LEP

Essa é a fase do processo em que o Estado usa a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente ao buscar as finalidades da sanção penal.

Em regra, não existe necessidade de nova citação, salvo quanto à execução da pena de multa, pois esta passa a ser cobrada como se fosse dívida ativa da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fazenda Pública, tendo em vista que o condenado já tem ciência da ação penal contra ele ajuizada, bem como foi intimado da sentença condenatória, quando pôde exercer o seu direito ao duplo grau de jurisdição. Além disso, a pretensão punitiva do Estado é cogente e indisponível (MARQUES, 2017).

Nesse diapasão, com advento do trânsito em julgado da decisão, a sentença torna-se título executivo judicial, passando-se do processo de conhecimento para processo de execução. Embora seja esse um processo especial, com particularidades que um típico processo executório não possui, é a fase do processo penal em que o Estado faz valer a sua pretensão punitiva, desdobrada em pretensão executória.

Nesse contexto, cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto.

### 2.1.1 Princípios relativos à execução da pena

A pena tem vários fins comuns e, nesse contexto de ressocialização, trabalhamos a **Teoria Preventiva Especifica Positiva**, quem tem por finalidade ressocializar o interno no sistema prisional. Na ótica da prevenção, sem dúvida, há o aspecto particularmente voltado à execução penal, que é o preventivo individual positivo (reeducação ou ressocialização). Uma das importantes metas da execução penal é promover a reintegração do preso na sociedade, e um dos mais relevantes fatores para que tal objetivo seja atingido é proporcionar ao condenado a possibilidade de trabalhar.

No Brasil, o Estado utiliza como meio para sanção a tríplice finalidade da pena e, para que possa ter um efeito, retira a liberdade do indivíduo ou aplica outra espécie de pena ao sujeito que cometeu um crime ou um fato típico, ilícito e culpável (FERNANDO, 2016.).

Existem as teorias **retributiva** (absoluta), **preventiva** (relativa) e **eclética** (mista ou unificadora), está basicamente a junção das duas primeiras teorias (FERNANDO, 2016).

Essas teorias possuem muitas divergências pelo motivo de cada pessoa ter uma concepção diferente a respeito de qual é a real finalidade ou a real função da pena dentro da teoria da ciência do direito penal e a teoria que o código penal adota (GRECO, 2016, p. 140).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo a teria retributiva, a pena tem por finalidade punir o sujeito, ela é o castigo imposto a um sujeito que lesionou um bem jurídico fundamental, irá, assim, funcionar como uma punição ao sujeito e esgota tão somente na punição, sendo resposta Estatal ao sujeito que cometeu um fato típico, ilícito e culpável.

Na teoria retributiva, a pena tem um fim em si mesma. Alguns doutrinadores defendem que o ser humano não pode ser utilizado como uma ferramenta para passar um recado para a sociedade ou para servir de lição para que outros não venha cometer crimes, punir porque tem que punir.

Por outro lado, temos a teoria preventiva, em que a pena não é aplicada tão somente para punir o sujeito, a sua finalidade é evitar o cometimento de novos crimes, não é um fim em si mesma, pois não aplicamos a pena para ter uma resposta ao mal causado por ele.

A depender dos seus destinatários, ela terá algumas vertentes diferentes. Se o destinatário da pena for o sujeito em específico, estamos diante da teoria preventiva específica. Se o destinatário da pena for a sociedade, estamos diante da teoria preventiva geral, aquela que tem por finalidade dar um recado à sociedade.

Ademais, a teoria preventiva específica subdivide-se em negativa, que, em síntese, significa que a pena é aplicada para aquele sujeito específico, de modo que ele não cometa mais crime (negativa pura); e em específica positiva, quando estaremos diante de uma situação em que consideramos a pena como uma **função básica de ressocializar** o sujeito, sendo a **ressocialização**. Segundo essa teoria, esse mecanismo é utilizado de modo que ele cumpra a sua pena de maneira que possa, após seu cumprimento, ser inserido na sociedade e readaptado ao convívio social.

A teoria preventiva geral positiva, é aquela em que a pena é utilizada como ferramenta para inibir que a sociedade cometa novos crimes, uma situação inibitória. E a teoria preventiva geral negativa é a situação em que a pena é encarada como uma ferramenta, direcionada para a sociedade, para que ela saiba que, ao mesmo tempo em que o sujeito está sendo punido, a sociedade fica conhecendo o sistema jurídico normativo e o sistema penal funciona.

Por fim, temos a teoria eclética, entre a teoria retributiva e a preventiva, sendo basicamente uma junção das duas teorias. Ela defende que a pena não é uma ferramenta para punir o sujeito e nem para passa um recado à sociedade ou ressocializa. Segundo essa teoria unificadora, a pena vai funcionar seguindo a primeira e a segunda teria unido as duas finalidades da pena adotado pelo código penal brasileiro no artigo 59:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime: [...]. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A punição não significa transformar o ser humano em objeto, logo, continua o condenado, ao cumprir sua pena, e o internado, cumprindo medida de segurança, com todos os direitos humanos fundamentais em pleno vigor, para assegurar até mesmo a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dispõe o art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal, que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". No mesmo prisma, o art. 38 do Código Penal estipula que "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral".

O art. 3º da Lei de Execução Penal dispõe que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos, não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único: Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política".

O disposto no art. 3.º da Lei 7.210/84 é coerente ao prever que serão assegurados os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei. É lógica que um dos direitos fundamentais, eventualmente atingido pela sentença penal condenatória, é a perda temporária da liberdade, ou a restrição a algum direito, decorrente de cumprimento, por exemplo, da pena de prestação de serviços à comunidade.

Dentre os princípios norteadores da execução, existe o princípio da igualdade, o qual tem como garantia assegurar o direito dos cidadãos de terem um tratamento igual perante a lei e a Justiça, afastando a discriminação, de modo que a lei possa abarcar todos os que estiverem na mesma condição, o que reflete a igualdade material.

Sobre as perspectivas dessas proposições básicas e fundamentais que tutelam efetivamente o bem jurídico que eles se propõem a abraçar, que são os tidos como mais essências para a sociedade. São sugestões básicas que possuem a natureza de orientar a criação e orientação do Direito Penal e, dentre eles, encontramos no topo da pirâmide dos princípios o da Dignidade da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Humana, por se tratar de um princípio mor. Por não ser apenas um princípio do Direito Penal, e sim do direito em geral, ele é a espinha dorsal do nosso ordenamento jurídico e do estado democrático de Direito.

Temos também o princípio da humanidade da pena, que é uma continuidade ao princípio anterior. Por meio desse princípio, trazemos, a partir do avanço do Direito Penal, o caráter humanitário, entendendo o homem como ser humano, retribuindo certos direitos. O princípio da Humanidade da Pena é fruto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que tem por finalidade vedar penas cruéis, de morte e de banimento. Há também o Princípio da Pessoalidade da Pena, esse é o princípio da intranscedência penal, em que a pena não deverá passar da pessoa do condenado, só respondendo aquele que fez e pelo que fez.

Um dos norteadores dos princípios é o da legalidade, por trazer em seu texto uma ideia fundante e de observância obrigatória. Entre os princípios que se sobressaem, o da legalidade é um deles, por inaugurar o nosso Código Penal no art. 1° e art. 5°, XXXIX CF: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal".

Já o Princípio da Anterioridade da Lei Penal é um princípio lógico, decorrente do próprio princípio da legalidade, previsto no art. 5°, inciso II da CF: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Naturalmente, para se imputar a uma determinada pessoa a prática de um crime, o crime em si precisa anteriormente estar previsto em lei. Assim, para se culminar uma pena ou descrever uma conduta como sendo criminosa, é fundamental a existência de uma lei.

A Lei de Execução Penal brasileira tem como fundamento basilar a ressocialização do preso, muito embora as políticas públicas brasileiras não difundam programas específicos que visem a atender tal finalidade, para também viabilizar a ressocialização. Todavia, tem-se que há uma contradição entre o previsto na legislação e o aplicado no dia a dia dos presídios brasileiros.

Impõe o art. 40 da LEP: "a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios". Trata-se de uma decorrência do previsto no art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal, bem como do art. 38 do Código Penal.

A Constituição Federal explicita, no art. 5.º, XLIX, ser assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral. Essa decorre, dentre outros fatores, do direito à honra e à imagem (art. 5.º, X, CF). Associam-se tais dispositivos ao preceituado no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

art. 38 do Código Penal, no sentido de que devem ser preservados todos os direitos do preso não atingidos pela condenação.

Em suma, a honra e a imagem de quem é levado ao cárcere já sofrem o natural desgaste imposto pela violência da prisão, com inevitável perda da liberdade e a consequente desmoralização no âmbito social. Por isso, não mais exposto deve o condenado ficar, enquanto estiver sob tutela estatal.

A execução penal, como não poderia deixar de ser, constituindo a efetivação do poder punitivo do Estado, exige o respeito à legalidade. Portanto, da mesma forma que inexiste crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine (art. 5.º, XXXIX, CF; art. 1.º, CP), demanda-se que não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior lei ou regra regulamentar. Reserva-se à lei, como se pode observar nos arts. 49 e 50 desta Lei, a definição de faltas leves, médias e graves.

De saída, tem-se que a execução penal visa a restaurar e promover a recuperação do condenado. Deduz-se, portanto, que o tratamento deve possibilitar que o condenado tenha capacidade de viver em sociedade. Assim, a reinserção social compreende a assistência e ajuda para obtenção dos meios hábeis a inserir o apenado em sociedade.

Apesar de a lei de execução penal encontrar-se em vigor há décadas, a realidade da execução brasileira é outra, de modo não vantajoso, pois não atende as finalidades legais, tendo em vista a ausência de estabelecimentos adequados, bem como a ausência de políticas públicas voltadas a essa finalidade.

Nesse contexto, é imperioso destacar que o sistema prisional é falho e não propicia ao condenado condições para sua ressocialização.

Cumpre enfatizar que, apesar de a lei de execução penal ser um diploma legal preocupado com a ressocialização do preso, não é respeitada, ferindo os princípios a ela norteadores, como também no que atine a sua finalidade social. Logo, não há como imaginar ressocialização sem que existam as condições mínimas existenciais para garantir a dignidade da pessoa humana. É o que se vê na realidade dos presídios brasileiros.

Nesta senda, como se vê na realidade forense, o número de reincidentes é avassalador, e tal realidade não é oriunda de déficit na legislação, mas sim na operacionalização da execução penal, que acaba por inviabilizar a ressocialização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do preso e, consequentemente, cria um ciclo vicioso, entre o cometimento de infrações e inserção em um sistema falho.

Diante do exposto, é necessária a reestruturação do Sistema Penitenciário Brasileiro e a implementação políticas e investimentos públicos com o escopo de repercutir no atendimento das finalidades da pena, de modo que a legislação atinja suas finalidades e também acredite que o ser humano é capaz de se reabilitar, para que, assim, a pena possa atingir suas finalidades, sendo efetiva e a fim de evitar a reincidência e o colapso nos presídios brasileiros.

## 3 A RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO

Partindo do princípio de que ressocialização no Brasil ainda encontra receio na aceitação por parte da própria população, que não acredita que o Estado é capaz de devolver um preso recuperado, o problema em ressocializar fica mais distante de alcançar uma harmonia no entendimento da sociedade. Sabe-se que a massa carcerária tem aumentado nos últimos anos, contando com mais de 700 mil pessoas presos no Brasil. É uma população formada por jovens entre 18 a 29 anos correspondendo a 30% e os acima de 35 correspondendo a 70%. Desse total de 700 mil, 75% não terminaram o ensino fundamental, consequentemente, esse jovem não tem uma capacitação para o mercado de trabalho **(**DESAFIOS... 2017).

No Brasil, entre 2014 a 2017, houve aumento 104 mil pessoas no sistema carcerário, e a maior parte dessas pessoas são do sexo masculino. O perfil desses novos encarcerados é o perfil de quem não teve acesso à capacitação formal, aos mecanismos contensores da criminalidade informais, como uma família estruturada, um projeto de habitação para que essas pessoas possam ter os seus núcleos familiares centralizados, acesso à educação, saúde e a existência do básico de cidadania.

Quando se fala em problematização da reincidência, a pergunta que se faz é: que práticas podem ser ajustadas para que possamos fazer a reintegração dessas pessoas ao convívio social sem sofrer preconceito? Segundo Martorelli (s.d.), precisamos realizar políticas públicas urgentes para evitar que essas pessoas voltem ao crime. Mesmo não existindo esses números de indicadores porque não temos no Brasil ainda um sistema de informação integrado, não podemos falar com precisão se a residência é muito alta, pois existe apenas uma suposição.

O poder público tem recebido uma série de demandas que tem levado o Estado a criar mecanismo de acesso a sistemas de recuperação de internos e a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho. E a maior preocupação hoje é com as pessoas que nunca foram incluídas podem ser resgatadas da prática

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

criminal, do ambiente que favorece a conduta criminosa. Precisa-se resgatar junto a família, por meio dos articuladores e assistentes sociais atuando fora da unidade de internação, tentando agregar as famílias, nos equipamentos municipais de atendimento psicossocial.

Rogério Greco (2017) relatou em sua tese de doutorado que o sistema Penal consegue ressocializar, momento em que citou a APAC (ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTENCIA AOS CONDENADOS) de Minas Gerais. Na APAC, o preso trabalha, mas o que existe é uma resistência na própria população, um estigma no ex detento, em que a população prefere ignorar quem veio do sistema prisional. Quando estamos fora do sistema carcerário, fica fácil indicar o que deve ser feito e o que funciona, mas na prática é totalmente diferente. Mesmo quando o Governo traça um plano para ressocializar, a sociedade não aceita, exemplo disso é Minas Gerais, que tem um projeto e a sociedade não conhece. Essa rejeição da sociedade foi demonstrada quando o Governo de Minas apresentou um programa de "Primeiro Emprego só Egresso", para dar oportunidade para aquele que cumpriu sua pena e não encontrou vaga no mercado de trabalho privado.

Aqueles trabalhadores que ainda estavam desempregados e nunca praticaram crimes se revoltaram, posicionando-se contra o projeto por não concordarem com isso, dizendo que não cometeram crime algum e vão dar emprego para esse tipo de gente que sai do cárcere e vai direto para o emprego.

Precisamos quebrar esse paradigma, ao contrário, o indivíduo que era traficante de drogas vem para o mercado e não encontra amparo, voltando para o crime.

Não estamos falando em privilégios para o preso, e sim que a sociedade precisa ser mais flexível para tentar minimizar a situação da criminalidade. Aquele rapaz que foi preso e perdeu seu posto no tráfico, com certeza alguém entrou no lugar dele e, quando ele sair e não encontrar emprego, pode voltar para o crime, ou seja, antes tinha-se um, agora há dois, inchando cada vez mais o mercado da criminalidade.

### 3.1 PROJETOS DE RESSOCIALIZAÇÃO EDUCATIVA DE SANTA CATARINA – MODELO NACIONAL

Diante de um sistema prisional superlotado, a secretaria de administração prisional do Estado de Santa Catarina desenvolveu um projeto socioeducativo apostando que, por meio da educação e do trabalho, já comprovados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estatisticamente a sua eficiência, fosse possível, em longo prazo, trazer uma alternativa para que a reincidência nas cadeias diminua.

A adesão ao estudo dentro do sistema vem aumentando, com ações firmadas em parceria com a Secretaria de Educação e juntamente com os professores, agentes prisionais, funcionários das unidades prisionais e o judiciário.

Alguns moldes de atividades votados para as unidades prisionais que foram implantadas em santa Catarina foram apresentados ao Departamento Penitenciário Nacional como protótipo para ser implantado nas prisões de todo o Brasil. E o Departamento Penitenciário divulgou o seu projeto em todos os Estados para que conheçam o êxito alcançado por meio desse novo modelo e que possam ser implantados em outros Estados com trabalho, ensino profissionalizante e capacitação (SOUZA, 2009).

Nesse propósito apresentado pelo projeto educativo de Santa Catarina, dentro dessas oficinas são fabricados colchões, caixas d´água, torneiras elétricas, embalagens plásticas, pré-moldados e demais atividades desenvolvidas por eles. Como fator de grande relevância nesse modelo de ensino profissionalizante, podemos citar a oficina de bordados, em que são confeccionados vestidos de festa e de noiva, além de outros bordados manuais também confeccionados por eles.

O preso selecionado para trabalhar tem um turno de seis a oito horas por dia, e a cada três dias de trabalho a pena é reduzida em um dia. Nesse projeto socioeducativo, o detento recebe um salário mínimo pelo mês de trabalho, do total de 25% é depositado em uma conta que o preso só terá acesso depois de cumprir a pena. Esse dinheiro poderá garantir um novo recomeço na sua vida do lado de fora do presídio.

O projeto que se estendeu ao ensino profissionalizante foi bem recebido pelo instituto de Artes da Universidade de Brasília (UNB), segundo o que relatou o professor Thérese Hofman (clmais.com.br). Vejamos:

> É muito importante conhecer essa experiência e ver a perspectiva de integração da universidade e o mundo do trabalho para os egressos do sistema prisional e socioeducativo. Vai nos ajudar a aprimorar as ações que visem à capacitação dos egressos para o mundo do trabalho.

Na unidade localizada em São Cristóvão do Sul, no Estado de Santa Catarina, os presos trabalham em diferentes oficinas. Nessa unidade prisional, os internos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

participam da fábrica de cabo de madeira com toda a produção já garantida a sua exportação, contam também com a oficina de metalúrgica, estofados, artefatos de cimento, brinquedos de madeira e trabalho de marcenaria. Esse projeto conta com uma atividade agrícola voltada a plantio de hortaliças e frutas, criação de gado de corte e de leite (SILVA, 2003).

Como demonstração de avanço naquele Estado, mais de 8.000 internos vão fazer o exame Nacional para certificação de competências de jovens e adultos (ENCCEJA) para uma educação na ressocialização adequada e necessária.

### 3.2 PROJETO DE RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL DE PORTO NACIONAL/TO

Com enfoque no que fora apresentado como meio de ressocialização educativo em Santa Catarina, foi apresentado pelo Antônio Luiz Ribeiro das Neves, conhecido com Taurú, um projeto de ressocialização por meio da arte para os internos da unidade prisional de Porto Nacional/TO. O projeto tem o objetivo proporcionar a reintegração dos internos por meio de atividades profissionalizantes de artesanato decorativo, artístico e utilitário, promovendo geração de renda ainda no estágio de supressão de liberdade com acompanhamento da Associação de Artesãos de Porto Nacional/TO.

Nesse projeto, apresentado ao Presidente do Fórum de Porto Nacional, serão executados 10 (dez) atividades profissionalizantes de artesanato decorativo, artístico e utilitário. Os produtos confeccionados nas oficinas serão comercializados em feiras e eventos realizados na cidade de Porto Nacional e em outros municípios, sendo todos cadastrados como artesãos profissionais, reconhecidos pela associação dos artesãos de Porto Nacional (NEVES, 2018).

Na casa de prisão provisória de Porto Nacional/TO, há dificuldade dos agentes em entender a necessidade da efetividade da aplicação e o respeito ao caráter ressocializador da pena. Isso tem causado grandes entraves e prejuízos para a consecução dos projetos que possibilitam lograr êxito no cumprimento de direito do reeducando.

Diante de tal situação, é perceptível que a discriminação cria entraves que prejudicam o desenvolvimento de projetos na comunidade carcerária de Porto Nacional. Dessa feita, é necessário que seja incluído no projeto de ressocialização um sistema de qualificação, conscientização dos servidores, parentes dos reeducandos e, principalmente, da comunidade em geral sobre a importância do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

respeito quanto à aplicação por parte do Estado de ações para a ressocialização da comunidade carcerária.

Após a inclusão dessa temática dentro dos projetos, sendo esta devidamente implantada após feito um estudo de caso aprofundado de maneira que proporcione ao Estado estudar, identificar e observar a raiz do problema, a possibilidade de diminuição da discriminação seria uma hipótese real, fazendo com que os presos se sentam respeitados quanto ao desenvolvimento de suas atividades laborativas no processo de ressocialização.

A busca pela reintegração dessas pessoas na sociedade tem utilizado o trabalho como uma forma de ressocializar o preso, pois, além de ser um direito constitucional, o trabalho é um grande agente de transformação na vida da comunidade carcerária.

Ademais, o projeto de ressocialização busca trazer dignidade ao reeducando, servindo como função pedagógica e amenizando o trauma que o deficitário sistema prisional causa ao reeducando. Deve-se considerar também que o trabalho capacita muito reeducando que não têm formação profissional, dando a eles a oportunidade de sair do mundo do crime e ingressar no mercado de trabalho, o que proporciona viver de maneira digna, sendo aceitos e respeitados pela sociedade.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os temas trazidos pela Lei de Execução Penal – LEP consagram direitos como o de assegurar o seu feito habitual do princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com todos os direitos humanos fundamentais encartados na LEP e no Direito Penal Brasileiro, garantindo ao interno o seu direito primordial a ressocialização.

Por outro lado, percebe-se a dificuldade de implementação desses programas nos presídios brasileiros, onde a falta de investimento do setor privado não contribuem com o Estado no tocante a unir forças, não apenas na ceara financeira, mas também abrindo portas para que esses indivíduos possam esquecer o fato pretérito que o conduziu até o sistema prisional e pensar em seu retorno ao seio da sociedade. Sabe-se que a não ressocialização tem um fator negativo nesse retorno, uma vez que o mais atingido pela falha do sistema é a própria sociedade.

A ressocialização de presos em Santa Catarina tem sido motivo de várias reportagens e se tornou modelo para outros Estados do Brasil. Nesse projeto, os presos trabalham em oficinas com montagens de peças, uma delas, é a construção de amortecedores de cadeira odontológica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O objetivo principal de uma empresa que investe nesse tipo de projeto é capacitar um preso para que em um futuro ele possa abrir portas de emprego para esses internos, porque um dia eles irão deixar a prisão.

Neste artigo, foi abordado o assunto sobre o Projeto de ressocialização dos internos no sistema prisional de Porto Nacional/TO. Percebe-se, no sistema prisional, os problemas com a reincidência dos detentos, a perda de expectativa de vida. Assim, a prisão que está longe de atingir o que é garantido em Lei pela Constituição e a LEP, corroborando que o tratamento recebido pelos detentos não proporciona uma ressocialização dentro dos presídios.

Percebe-se que existem projetos comprometidos com os internos, com o objetivo de profissionalizá-los, aprenderem desde trabalhos com artes entre outros utensílios que oferecera oportunidades de trabalho após a liberdade da prisão. Assim, o sistema prisional pode atingir de fato o seu objetivo: um lugar para ressocializar.

Diante disso, muito ainda tem de ser feito para que aconteça a expansão de projetos socioeducativos para que outros presídios possam desenvolver esses projetos com seus internos. Deve-se visar à relevância, aos benefícios que os internos e as famílias podem ganhar, pois tais projetos são um grande avanço para a diminuição da reincidência.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo Paulo Vicente. **Análise do sistema prisional brasileiro**. 2013, p. 803-804. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

BARROS, Aidil e Lehfeld, Neide. **Projeto de Pesquisa:** propostas Metodológicas. 13 ed. RJ, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www. Planalto.gov.br/civil/Constituição. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Código Penal de 1940.** Brasília: Senado Federal, 2008.

BRASIL. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 03 jul. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASILIA. **Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas**. Secretária Nacional de Justiça, Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, 2002

CALDAS, Ricardo Wahrendorff; CRESTANA, Silvério; MORAES, Alexandre. **"Políticas Públicas.** 2008, p.32-33).

CAMARGO, Virginia da Conceição, **Realidade do sistema prisional**. 2013

Disponível em: http://www.direitonet.com.br. Acesso em 20 de setembro 2019.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. v. 1. São Paulo, Saraiva,

1992., p. 145.

DESAFIOS da **Ressocialização de Detentos**. Realização de TV Câmara Sao Paulo. Intérpretes: Adriana Nunes Martorelli. São Paulo, 2017. (20 min.), P&B.

FERNANDO, João. **A tríplice finalidade da pena.** 3. ed. São Paulo: Globo, 2016.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação**

**de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GATTI, Thérèse Hofmann, Disponível em <<https://clmais.com.br/departamento-penitenciario-nacional-recomenda-modelo-de-sc-nas-prisoes/>> Acesso em 17 de agosto de 2019.

JESUS, Valentina Luiza de. **Ressocialização: mito ou realidade?** <http://na1312.my1blog.com/2007/09/12/ressocializacao-mito-ou-realidade/>. Acesso em 15 de agosto de 2019.

MARQUES, Luiz. **Manual de processo penal.** 3. ed. São Paulo: Jose Olímpio, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTORELLI. Adriana Nunes. **Desafios da ressocialização de detentos e ex-detentos.** Jornal da Câmara conversou com a presidente da Comissão de Política Criminal e Penitenciária da OAB SP e integrante do Conselho Penitenciário do Estado. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=3r7s4Imo2V8. Acesso em: 19 de novembro de 2019.

NEVES, Antônio Luiz Ribeiro das. **Projeto de ressocialização dos internos de porto nacional/TO**. Porto Nacional, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

RODRIGUES, Reinaldo. Entrevista realizada pela TV GAZETA. **Evolução do direito penal e a atividade policial**: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais: Dr. Rogério Greco fala sobre ressocialização de presos. (Entrevista). 30 de mar. de 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=M4m5HOYkiEo. Acesso em: 19 de nov. de 2019.

SILVA, Jose de Ribamar da. **Prisão: ressocializar para não regredir**. Monografia de Especialização (Modalidade deTratamento Penal em Gestão Prisional) – Universidade Federal do Pará. Curitiba 2003. Disponível em < http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2019.

SOUZA, Giselle. **Ressocialização de presos é uma das metas dos mutirões carcerários**.13 de ago. de 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ressocializacao-de-presos-e-uma-das-metas-dos-mutiroes-carcerarios/. Acesso em: 20 de out. de 2019.

TOCANTINS. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: HYPERLINK "http://www.tjto.jus.br/index.php/cidadai/sites-do-judiciario/cepema" www.tjto.jus.br/index.php/cidadai/sites-do-judiciario/cepema . Acesso em 26 de ago. de 2019.

VALIATTI, Rafael. **A-atuação-do-estado-na-ressocialização-de-reeducandos.** Disponível em: https://multivix,edu,br/a-atuação-do-estado-na-ressocialização-de-reeducandos. Acesso em 15 de set. de 2019.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

---

[1] Professora Mestre na Faculdade Serra do Carmo - FASEC, nas disciplinas de Direito Penal I e II. Advogada Criminalista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# A SISTEMÁTICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES NA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

**MARIA VANDERLANIA FERREIRA DE SANTANA:**
Estudante do curso Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO

(Orientador)[i]

**RESUMO:** O presente estudo recai sobre a problemática do acesso à justiça, destacando as Constelações Familiares, denominada, também, Direito Sistêmico, como nova política pública no tratamento dos conflitos. Nesta vereda, busca-se promover a compreensão do termo acesso à justiça em uma perspectiva contemporânea, difundir a cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASC) e, tecer considerações sobre a implantação da Constelação Familiar na vida judicial do país. Sendo assim, construir um estudo sobre a temática justifica-se em face da necessidade de aparelhar o Poder Judiciário com mecanismos ou meios capazes de alcançar os reclames sociais, além disto, traz em debate uma nova forma terapêutica de mediar os conflitos. Para tanto, a concretização deste estudo ocorre a partir de pesquisas bibliográficas e, na fase de investigação, adotou método dedutivo, porquanto parte de uma análise genérica do acesso à justiça ao exame específico da Constelação familiar como meio de conduzir aqueles que batem na porta do judiciário à ordem jurídica justa. Ao se debruçar sobre o referido tema, pôde-se compreender que o judiciário em suma não é vocacionado para resolver toda e qualquer demanda, a resolução de conflitos e a pacificação social não podem ser atribuição exclusiva dos juízes, outros atores devem ser chamados também para intervir.

**Palavras-chave**: Acesso à Justiça, Solução de Conflito, Constelação Familiar, Direito Sistêmico

**ABSTRACT:** This study presents the problem of justice access highlighting the Family Constellations, called Systemic Law, as a new public policy in dealing with conflicts**.** In this sense, the study aims to promote the understanding of the term access to justice, in a contemporary perspective, propagate the culture of Appropriate Methods of Conflict Resolution (MASC) and raise considerations on the implementation of the Family Constellation, to judicial life of the country. Thus, the importance of this theme justifies the study, because it needs to equip the judiciary with mechanisms or means capable of reaching the social acclamations, besides, it brings into debate a new therapeutic way to mediate conflicts. To this end, this

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

study development is based on a bibliographic research that, in the investigation phase, adopted a deductive method, therefore begins with a generic analysis of access to justice to the specific examination of the family constellation, to conduct those who require the judiciary, fair legal order. When investigating this theme, the study concluded that the judiciary is not able to solve every demands, not all conflict resolution and social pacification can be the exclusive attribution of judges, others actors must also can intervene.

**Keywords:** Access to Justice, Conflict Resolution, Family Constellation, Systemic Law

**Sumário:** Introdução. 1. Considerações sobre o acesso à justiça. 1.1. Evolução histórica do acesso à justiça. 1.2. Da reforma no Poder Judiciário. 1.2.1 Lei dos Juizados Especiais – Lei n°. 9.099 de 1995. 1.2.2. Emenda Constitucional n°. 45/04. 1.2.3 Resolução n°. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. 1.2.4. Código de Processo Civil - Lei n°. 13.105 de 2015. 1.2.5 Lei da Mediação - Lei n°. 13.140 de 2015. 1.3. A crise no Poder Judiciário brasileiro. 2. Em busca de meios adequados na resolução dos conflitos. 3. Nova consciência jurídica por meio da Constelação Familiar. 3.1. Primeiros caminhares de Bert Hellinger. 3.2 Visão sistêmica e o método de Bert Hellinger. 3.3 Aplicação da Constelação Familiar no judiciário. 4 Conclusão

Referências

## INTRODUÇÃO

Desde que a humanidade se civilizou, ficando privada de exercer justiça em causa própria, entregando ao Estado a responsabilidade de solucionar todos os seus conflitos, a problemática do acesso à justiça sempre foi uma questão a ser solucionada.

Hoje, nosso sistema procedimental não é flexível e veloz o bastante para adequadamente cumprir as garantias constitucionais existentes, por outro lado, decisões absolutamente intocáveis, repetidas vezes, tornam se inapropriadas, impedindo a efetividade dos direitos reconhecidos. Afinal, como podemos otimizar a resolução de conflitos no Brasil para evitar que a garantia constitucional de acesso à justiça não passe de meras promessas?

Em vista ao questionamento levantado, o presente estudo discute a problemática do acesso à justiça, abordando as Constelações Familiares, também, denominada de Direito Sistêmico, como nova política pública no tratamento dos conflitos. A escolha desse tema se justifica em face da necessidade de aparelhar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Poder Judiciário com mecanismos ou meios capazes de alcançar os reclames sócias, de outra banda, traz ao debate uma nova forma terapêutica de mediar os conflitos, que vem sendo aplicada em caráter experimental, devendo, pois, ser objeto de pesquisas, estudos e aprofundamentos.

Assim, o presente estudo estrutura-se em três capítulos, sendo que o primeiro propõe, promover o entendimento do que seja acesso à justiça, as soluções práticas para sua efetivação, abordando os aspectos normativos pertinentes ao tema, seguindo esses passos, traz a lume a crise na prestação jurisdicional desse direito. O segundo, por sua vez, fará uma reflexão sobre a cultura dos métodos adequados de solução de conflitos. E por fim, no terceiro capítulo, debruçará sobre a origem, os princípios e fundamentos da Fenomenologia terapêutica de Bert Hellinger, destacando sobretudo a sua aplicação no âmbito jurídico.

## 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça vem sendo compreendido a partir de um sistema de proteção de direitos humanos nacional e internacional, extremamente abrangente e, como direito indispensável para a satisfação de todos os demais direitos, também englobando outras formas de acesso à justiça e resolução de conflitos, que não se limitam a mera esfera processual. Nesta oportunidade, convém abordar os significativos contornos que ampliaram o acesso à justiça, ao longo dos anos, para uma compreensão que vai muito além da possibilidade de acessar o sistema de justiça.

### 1.1 Evolução histórica do acesso à justiça

O significado da expressão acesso à justiça reflete a concepção de Estado próprio de um determinado momento histórico. Na ótica dos Estados liberais dos séculos XVIII e IX, embora o acesso à justiça fosse visto como um direito natural, não se oferecia uma prestação jurisdicional preventiva desse direito, não era preocupação do Estado afastar os obstáculos econômicos e sociais que impossibilitavam as posições menos favorecidas de utilizar plenamente a justiça e suas instituições (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Em suma, percebe-se que na época do Estado liberal, apenas se definia os direitos, por acesso à justiça entendia-se apenas a possibilidade de propor ou contestar uma ação, bastava proclamar o direito de ingresso em juízo, pouco importava sua eficiência prática ou efetividade, de modo que o acesso à justiça se resumia essencialmente na igualdade formal, mas não efetiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já no século XX, vê-se claramente a incoerência dos valores sonhados pelos Estados liberais, ao tratar todos de forma igual perante a lei, ignorando a dimensão real da sociedade marcada por gritantes distinções sociais, aspirações e necessidades completamente diferentes, o que resultou em uma crise na política liberal, surgindo, então, o Estado preocupado não somente em proclamar direitos, mas também, comprometido com o bem-estar social, passando a objetivar a justiça social (MARINONI, 2000).

Destaca Santos (1986), que caso ficassem destituídos de instrumentos otimizáveis, consubstanciadores para sua materialização, os novos direitos sociais e econômicos consagrados no paradigma social, não se tornariam efetivos, até porque, reconhecer direitos e não os tornar efetivos, certamente representariam meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

Pondera o autor, que tal noção fez perceber que a administração da justiça civil e os processos judiciais não poderiam ficar reduzidos simplesmente a mera regra mecânica, como um direito técnico, neutro, devendo o Estado buscar implementar suas funções sociais, especialmente mecanismos diferenciados para os diversos conflitos.

Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2019), nos informam que as declarações políticas do século XX, buscaram interligar o que antes era politicamente distanciado, trabalhando as liberdades clássicas, em particular a teoria processualista, a partir da ideia de justiça social, traçando um caminho que conduz a concreta participação do povo no processo político, instrumentalizado mediante a igualdade na oportunidade de acesso à justiça, aspecto central do moderno Estado social.

Assim, o acesso à justiça ganha uma nova roupagem e dimensão, se no passado prometer acesso formal era suficiente, temos agora uma exigência de torná-lo uma realidade para todos, justamente posta pela Democracia Social.

No lúcido ensinamento de Cappelletti e Garth (1988), à medida que o novo modelo de Estado de bem-estar social passou consagrar novos direitos substantivos aos indivíduos, o acesso à justiça alcançou particular atenção e relevância no quesito fundamental, como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário, apto a garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

Muito se tem caminhado no sentido de fazer valer este direito, fala-se com muita propriedade de uma nova perspectiva de acesso, que não só habilite o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cidadão a tutelar seus interesses, mas que, ainda, permita soluções pacificadoras e capazes de eliminar os conflitos, por meio de instrumentos que assegurem ao cidadão um acesso à justiça imparcial, ético, que clame por uma solução de forma mais adequada ao contexto em que as pessoas se inserem (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2017).

Nas palavras lapidares de Kazuo Watanabe (1988, p. 128), "não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça, enquanto instituição estatal, mas sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa". E, segundo o mesmo autor, são dados elementares desse direito:

> [...] o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o acesso a uma Justiça adequadamente organizada e formada por Juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características. Uma tarefa dessas dimensões exige, antes de mais nada, nova postura mental (WATANABE, 1988, p. 128 – 135).

Marinoni (2000), nos ensina que o acesso à ordem jurídica justa, sobretudo, é uma questão de cidadania. Logo, entende-se que a nova concepção do acesso à justiça deve estar inserida pelo viés da democracia participativa, uma vez que a participação do povo na gestão do bem comum representa um mecanismo essencial para garantir a efetiva proteção de os outros direitos.

Dando maior dimensão a esta garantia, Dinamarco (2001, p. 305), afirma que "é pois mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial".

Nestes termos, conclui-se que pensar o acesso apenas em uma perspectiva conceitual constitui página virada, e que este, não se reduz apenas ao poder de ingresso do indivíduo em juízo, por sua vez, deve propiciar ao cidadão o caminho mais adequado, afim de alcançar a paz social.

**1.2 Da reforma no Poder Judiciário**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Alinhado ao movimento mundial de acesso à justiça, no Brasil foram criados e alterados diplomas legais, em prol da autocomposição. Podemos dizer, que a autocomposição tornou-se um instrumento jurídico, visto que o acesso à justiça passou a se relacionar com a satisfação do usuário e não com o mero acesso ao judiciário. Eis, portanto alguns aspectos legais que vislumbram os esforços e a implantação empreendidos pelo Poder Judiciário na busca da pacificação social.

### 1.2.1 Lei dos Juizados Especiais – Lei n°. 9.099 de 1995

No campo das inovações legislativas merece destaque a Lei n. 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis Criminais, um aperfeiçoamento de outras práticas dos Juizados Informais de Pequenas Causas. Nesse aspecto, oportunos os dizeres Júnior e Neto (2007, p. 44):

> Buscou-se, desde então, concretizar o oferecimento de uma nova forma de Justiça com o advento do novo milênio, de maneira a equacionar o acesso à jurisdição federal com a instrumentalidade e a efetivação do processo (acesso a ordem jurídica justa) mediante a redução da litigiosidade contida, diminuindo-se de maneira reflexa a carga de demandas da Justiça Federal comum e solucionando-se as lides criminais envolvendo delitos de "menor potencial ofensivo.

Consciente desta nova realidade, preocupou se na simplificação dos procedimentos e especialização da Justiça com vistas a aproximá-la cada vez mais do cidadão e a atender as particularidades especificas das situações litigiosas. Desta forma, a lei n°. 9099/95 no seu artigo 2° criou importantes princípios que orientam todo o regimento nos Juizados Especiais. São eles: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (CHIMENTI, 2012).

Ressalta Bacellar (2012), que no contexto do movimento de acesso à justiça, os microssistemas de Juizados Especiais, ainda que de forma tímida, abriram as portas para surgimento de alguns métodos híbridos (consensuais e adversariais), preconizando a ideia da justiça dita "alternativa". Importante elucidar que tais princípios se mostram de suma importância para a garantia do acesso à justiça no Brasil, uma vez que, estes não se limitam tão somente aos conflitos de menor complexidade, em nome da efetividade da garantia constitucional de acesso à justiça, também norteiam a todos os procedimentos judiciais.

Desta feita, pode se dizer que a lei marca o início de uma nova era na prestação jurisdicional, principalmente por privilegiar o estabelecimento de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

novo modelo de justiça acessível e desburocratizada, desenhada especialmente para tentar conciliar as partes.

### 1.2.2 Emenda Constitucional n°. 45/04

Para melhorar esse quadro, a Emenda Constitucional n°. 45 de 2004, conhecida como "Reforma do Judiciário" introduziu mudanças significativas na legislação brasileira em direção a uma realidade de maior efetividade na prestação dos serviços jurisdicionais, a partir da maior disponibilidade de ferramentas de acesso à justiça. Dentre suas inovações destacam:

> [...] um novo modelo de organização para o Poder Judiciário que priorizou, no texto constitucional, o acesso à Justiça, a celeridade dos trâmites judiciais e o planejamento, antes inexistente, de políticas judiciais. Também foram criados órgãos basilares como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), além de terem sido apresentadas propostas inovadoras para as defensorias públicas e outras melhorias importantes para o sistema judicial (BRITTO; SOARES, 2014, p. 16).

Sem dúvida, uma das inovações mais importantes previstas pela emenda foi a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que trabalha pelo aperfeiçoamento do agir do Poder Judiciário por meio de estratégias visando "desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

O desembargador federal do TRF/4ª Região, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz resumiu as grandes expectativas em torno do CNJ à época de sua criação:

> Será ele, portanto, um órgão de grande destaque nos quadros da magistratura nacional, pelas relevantes funções censórias que a Carta Magna lhe confere, bem como por incumbir a ele supervisionar a administração superior do Judiciário, mediante a investigação e o exame dos casos de emperramento da máquina judiciária, formulando propostas e sugestões para o melhor funcionamento da justiça, tornando-a efetiva e pronta, como agora o quer a Constituição, em seu art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 (LENZ, 2006, p. 9).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Entre outras atribuições do CNJ, previstas pelo art. 103- B §, 4° da Constituição Federal/88, frisamos o inciso VII do referido dispositivo, que atribui ao CNJ o papel de entender o comportamento em números da Justiça brasileira e propor no uso das suas atribuições constitucionais e regimentais as providências que julgar necessárias.

Consoante a essa tarefa, cumpre salientar que o CNJ promoveu a transparência sobre o quanto o acesso à justiça ainda precisa ser consubstanciado e, em verdade, foram importantes peças para consolidar desenvolvimento e incentivo dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.

### 1.2.3 Resolução n°. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Uma das primeiras medidas que repercutiu de maneira muito salutar, foi a Resolução n°. 125/2010 do CNJ, que procurou não apenas a mera institucionalização, mas também, a disciplina da Política Judiciária Nacional de Tratamento de conflitos e interesses, *in verbis:*

> **Art. 1º** - Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (BRASIL, 2010).

A essência da resolução em suma é um cumprimento do mandamento constitucional que põe particular atenção à dignidade da pessoa humana (art. 5°, XXXV), pois a pessoa que não tiver direito ao acesso à ordem jurídica justa, não está sendo tratada de forma digna. Além disso, a resolução determina que se organize junto a conciliação e mediação o serviço de orientação e formação, no sentido de que para alguém exercitar seu direito é preciso que ele os conheça. Segundo Bacellar:

> A Resolução 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010 (que traçou a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos), estimulou soluções adequadas, em múltiplas portas, inclusive antes do ajuizamento das demandas e pretende consolidar, no Brasil, uma política pública

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos (BACELLAR, 2012, p. 70).

Nesse contexto, constata-se que o CNJ, por meio da Resolução n°. 125/10, atualiza o conceito de acesso à justiça, ultrapassando o paradigma de acesso justiça voltado apenas para obtenção de uma solução sentencial, ao afirmar expressamente que o judiciário deve oferecer todos os meios adequados para a resolução dos conflitos, em especial a mediação e a conciliação.

### 1.2.4 Código de Processo Civil - Lei n°. 13.105 de 2015

Com a publicação da Lei n°. 13.105 de 2015, inaugura-se a segunda geração de reformas no Poder Judiciário. O legislador quando tratou de reconhecer dentro do novo Código a mediação e a conciliação, deixou bem claro a sua vocação para soluções consensuais. Desde a Exposição de Motivos, Anteprojeto da Comissão de Juristas, os institutos de resolução consensual de conflitos foram expressamente prestigiados pelo NCPC, senão vejamos:

> Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz (BRASIL, 2015).

E este prestígio, já encorpado desde a exposição de motivos, encontrou previsão expressa como norma fundamental no sistema do NCPC nos artigos 3°, § 2º e § 3°, ao declarar que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Para facilitar o processo de conciliação a nova lei fixou a criação de centros judiciários, a priorização dos princípios inerentes a conciliação, a obrigatoriedade de registro do profissional conciliador, alterações nos prazos e a criação de um capítulo próprio para tratar do assunto, tamanha a sua relevância.

Diante das mudanças apresentadas, percebe-se claramente que o NCPC incorporou as regulações que o próprio Conselho Nacional de Justiça fez através da Resolução n°. 125/10 e, sem dúvida, prestigiou a inteligência que este

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desenvolveu ao longo dos anos de procurar regular e incentivar a utilização das soluções de consenso nos processos judiciais.

### 1.2.5 Lei da Mediação- Lei n. 13.140 de 2015

A Lei n°. 13.140 de 2015, disciplina a mediação entre particulares e os meios auto compositivos de conflitos no âmbito da administração pública. Ao fazer isso, o Brasil deixa de ter apenas a cultura da judicialização e passa a ter, através da mediação, a possibilidade de resolver conflitos fora do Poder Judiciário.

De acordo com o parágrafo único do artigo 1° da referida lei, a mediação consiste em "atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (BRASIL, 2015).

Pode se dizer, que a lei trouxe outra dimensão ao conferir legitimidade ao instituto da mediação, vindo a se juntar a outros dois diplomas legais, tais como, a Resolução n°. 125/10, de onde erigiu a mediação como uma política pública nacional e, o NCPC, que entrou em vigor quase simultaneamente com a Lei de Mediação, conferindo autorização geral para que o Estado e o particular adotem mediações judiciais e extrajudiciais, constituindo juntos o atual sistema jurídico brasileiro sobre resolução consensual de conflitos.

Importante frisar que a lei n°. 13.140/15 não tratou somente da mediação, ela trouxe mecanismos de autocomposição, e um deles é a mediação, tudo para consolidar uma redefiniçao do Estado.

### 1.3 A crise no Poder Judiciário brasileiro

Apesar das inegáveis inovações trazidas no processo e no sistema de justiça é público e notório que este padece de uma crescente perda de funcionalidade. Ampliou o acesso à justiça, ampliou o número de magistrados, a autonomia do Poder Judiciário e orçamentos dos tribunais, entretanto, estamos longe de alcançar um equilíbrio entre a qualidade e quantidade, entre celeridade, efetividade da jurisdição e segurança jurídica.

Conforme os dados do relatório Justiça em Números, levantado pelo Conselho Nacional de Justiça, relativos ao ano de 2018, muito embora os tribunais venham demonstrando um índice de atendimento à demanda na ordem 113,7%, em um universo de 450.175 pessoas em sua força de trabalho, sendo 18.141 magistrados (4%), 272.138 servidores (60,5%), 73.926 terceirizados (16,4%),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

64.609 estagiários (14,4%) e 21.361, conciliadores, juízes leigos e voluntários (4,75%), o Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com um surpreendente congestionamento no volume de processos na ordem de 78,7 milhões de processos em tramitação, dentre os quais 14,1 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma solução definitiva (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

A propósito, Santos (1986), no trabalho, "*Introdução a Sociologia da Administração da Justiça*", já mencionava essa incapacidade do Estado de dar cumprimento aos compromissos insculpido no modelo de Estado do bem-estar social, o que veio a chamar de "crise da administração da justiça".

Diante desse quadro, percebe-se claramente, a necessidade de aparelhar o Poder Judiciário com mecanismos ou meios capazes de alcançar os reclames sociais, o que requer a reinvenção da própria atividade do judiciário.

## 2 A BUSCA DE MEIOS ADEQUADOS NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

O sistema judicial que hoje está estruturado se encontra defasado e obsoleto frente aos reclames sociais, além do mais, não tem se configurado uma alternativa solucionadora dos conflitos, já que os estes são funcionalizados pelo judiciário e não tratados, o que é, em tese o desejado como escopo magno do Estado, pacificação e eliminação dos conflitos.

De maneira peculiar, tem razão os autores Cappelletti e Garth, quando pesquisando sobre os obstáculos que estreitam as vias de acesso à justiça, destacaram a importância de se reconhecer que a judicialização não é a única forma de solução de conflitos a ser considerada, assim advertem tais autores:

> O enfoque sobre o acesso, o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos, também caracterizam recentemente o estudo do moderno processo civil. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em tal sentido cita-se o processualista Dinamarco, que trata do assunto em alusão, como se vê a seguir:

> Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa.(...).O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas (DINAMARCO, 2001, p. 306).

Bacellar (2012, p. 56), traz a lume sua preocupação com a realidade existente e engaja-se nesse movimento moderno, "deslocando a preocupação do acesso à justiça para a saída da justiça de maneira adequada, não qualquer forma de extinguir processos (matar processos) – sem resolução do conflito". O autor ao examinar o notável trabalho de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que propiciou tanto um diagnóstico do panorama existente sobre o acesso, como das possibilidades de superação dos obstáculos observados por meio das denominadas "ondas renovatórias de acesso à justiça", coloca na agenda mais uma proposta de onda renovatória, com ações calcadas em dois enfoques: a primeira, de saída da justiça em relação aos conflitos judicializados; por sua vez, a segunda tem intuito de oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, como se ver a seguir:

> A quinta onda de saída da justiça tem como desafio inicial o de eliminar o estoque de casos antigos e como desafio permanente o de ampliar e manter um leque de opções colocadas à disposição do cidadão para solucionar seus conflitos na forma alternativa adequada (sistema de múltiplas portas – ou multiportas (BACELLAR, 2012, p. 28).

Relativamente ao segundo componente dessa quinta onda, vem sendo ampliado a percepção de que o processo sozinho, jamais será instrumento suficiente para enfrentar o problema social presente em qualquer conflito, a justificativa da proposta remete a um sistema símile àquele conhecido pelos nortes americanos como "multiportas", cujo o intuito é a ampla oferta de meios, métodos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

formas e mecanismos instrumentos para oferecer ao cidadão as melhores alternativas para solução e acomodação dos seus conflitos, podendo o cidadão exercer a sua autonomia e sua escolha.

Aprofundando o estudo do centro de multiportas, vale transcrever o ensino Ziemann e Alves:

> No sistema múltiplas portas, a meta principal é a de oferecer tratamento ás particularidades do litígio de maneira efetiva, célere e com baixo custo. Seu procedimento requer, preliminarmente, uma avaliação, realizada por profissional capacitado, que identificara qual o instrumento de tratamento ou resolução de demandas (ou portas) será mais adequado. Seu plano, constata-se essencial a valorização de experiências e estratégias que fomentam a aproximação entre a justiça e a cidadania. (ZIEMANN; ALVES, 2014, p. 245)

Uma tarefa que exige a busca de novas alternativas e caminhos mais eficazes nas soluções, quanto mais opções forem disponibilizadas ao jurisdicionado, maior a chance de alcançar uma resposta útil e eficiente para impasse vivenciado, afinal, "se o que importa é pacificar, toma-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2017, p. 31).

Conquanto, esta não é uma tarefa simples, constituindo-se um desafio extremamente complexo, pois a tendência é que os conflitos sejam sempre dirimidos perante o poder judicial pelo método adversarial, com fórmulas processuais tradicionais e uniformizadas.

## 3 NOVA CONSCIÊNCIA JURÍDICA POR MEIO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR

Claro está, portanto, que o processo sozinho jamais será suficiente para alcançar todas as questões litigiosas que batem à sua porta, devendo o judiciário buscar outras formas de atuação, outros rumos afim de assegurar a ordem jurídica justa. Assim, dada a sua importância e eficácia no trato dos conflitos é que se revela as Constelações Familiares no âmbito do judiciário, cuja a teoria e aplicação serão brevemente expostas a seguir.

### 3.1 Primeiros caminhares de Bert Hellinger

Antes de adentrar na abordagem conceitual das Constelações Familiares, verifica-se oportuno trazer a lume a breve trajetória de vida do autor que teorizou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

os seus conhecimentos, amplamente difundidos no mundo e aplicados em diversas áreas profissionais.

Anton "Suitbert" Hellinger, conhecido como Bert Hellinger, durante a sua trajetória, permeou uma diversidade de saberes na teologia, filosofia, pedagogia, além de desenvolver e aprimorar a abordagem de psicoterapia sistêmica. Nasceu na Alemanha em 1925, no intervalo entre as duas guerras mundiais e do Nazismo, foi recrutado para a guerra e logo capturado e confinado em um campo de prisioneiros na Bélgica. Após esse evento retornou para Berlim e trabalhou como membro em uma Ordem Missionaria Católica, sendo enviado mais tarde para a África do Sul, onde dirigiu uma escola e teve contato com as Tribos Zulus, experiência significativa que impactou profundamente nas suas teorias e métodos terapêuticos (HELLINGER; HOVEL, 2006).

Bert Hellinger (2005), em sua obra "*A fonte não precisa perguntar pelo caminho*", esclarece o caminho que o levou ampliar seu método de trabalho para outros sistemas, percorrendo uma longa jornada em diversos modelos de terapia como, dinâmica de grupo, a psicanálise, da terapia primária, da análise transacional, analise do Script, hipnoterapia segundo Milton Erickson e a programação neurolingüística (PNL), que somados influenciaram profundamente para desenvolvimento e sistematização da sua própria filosofia que passou a denominar de Constelação Familiar, que sem dúvida introduziu aspectos essencialmente novos na terapia sistêmica e familiar.

O psicoterapeuta alemão morreu em 19 de setembro de 2019, aos 93 anos de idade, com sua generosidade e amorosidade compartilhou com a humanidade a sua filosofia deixando como legado uma nova forma de enxergar os relacionamentos humanos, ultrapassando em muito as fronteiras da psicologia.

### 3.2 Visão sistêmica e o método de Hellinger

Durante os seus trabalhos, Bert Hellinger institui uma visão sistêmica das relações humanas, olhando para o indivíduo não de forma isolada, mas buscando agregar todo o ceio familiar, bem como, os efeitos desse envolvimento no estilo de vida de cada indivíduo. Na medida em que este passou a olhar o grupo familiar como sistema, começou, então, a refletir sobre as forças que atuam nos destinos de outros membros da família e do grupo familiar, e após detalhadas observações constatou que as pessoas agem pela sua consciência, mas também, em um nível oculto, agem de forma inconsciente honrando os seus antepassados, "uma instância oculta, que Bert Hellinger chama de "consciência familiar" (HAUSNER, 2010, p. 14).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Hellinger (2007), defende que dentro desse sistema existe uma necessidade de vinculo e de compensação, ordens básicas nos relacionamentos humanos que se repetem em todas as famílias e que foram chamadas por ele de "Ordens do Amor", que se baseiam em três princípios: Pertencimento (todos o que integram ao sistema tem direito de pertencer); Hierarquia (aquele que vem primeiro no sistema tem precedência sobre os outros) e Equilíbrio (entre Dar e Receber). Quando alguma delas é violada, surgem desequilíbrios e muitas vezes ocasionam os conflitos. Para Hellinger as desordens perpetuadas no sistema acarretam os emaranhamentos sistêmico:

> Emaranhamento significa que alguém na família retoma e revive inconscientemente o destino de um familiar que viveu antes dele existe uma consciência de grupo que influencia todos os membros do sistema familiar. Se qualquer um desses membros do grupo foi tratado injustamente, existirá nesse grupo uma necessidade irresistível de compensação. Isso significa que a injustiça que foi cometida em gerações anteriores será representada e sofrida posteriormente por alguém da família para que a ordem seja restaurada no grupo. É uma espécie de compulsão sistêmica de repetição. Obviamente, isso tem a ver com a ordem básica dos sistemas familiares (HELLINGER; HOVEL, 2010 p. 8).

Segundo Silva (2019) para Hellinger, as ações realizadas em consonância com essas leis favorecem que a vida flua de modo equilibrado e harmônico e quando transgredidas ocasionam perdas da vitalidade, da realização, dos bons relacionamentos, com decorrente fracasso. Nessa linha de pensamento, Bert Hellinger esclarece que:

> Estas são as leis naturais ocultas que modelam e regem o comportamento dos sistemas das relações humanas. Elas constituem, em parte, as forças naturais da biologia e da evolução; a dinâmica geral de sistemas complexos que se manifestam em nossa intimidade; e as forças da Simetria Oculta do Amor que operam no interior da alma (HELLINGER; WEBER; BEAUMONT, 2006, p. 29).

A compreensão desses três princípios conduziu Bert Hellinger a conceber a técnica da constelação, "o método ideal para mostrar os efeitos transgeracionais dessa consciência coletiva oculta é a Constelação Familiar" (HAUSNER, 2010, p. 15). Adhara Campos Vieira (2019, p. 62) em sua obra "*Constelação Sistêmica no*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

*Judiciário*", explica o motivo do uso do termo constelação. Segundo a autora o termo Constelação Familiar, vem da palavra alemã "*Familienaufstellung*", que significa colocar a família na posição ou uma nova mirada.

Busca- se, portanto, a partir das constelações, compreender o que está fora do lugar que gerou algum conflito, conforme o próprio Bert, as Constelações "ajudam-nos a identificar as forças inconscientes que atuam no sistema e a encontrar uma solução" (HELLINGER; WEBER; BEAUMONT, 2006, p. 162).

Silva (2019), reitera que a Constelação Familiar é uma técnica de representação espacial das relações familiares, que tem por escopo identificar bloqueios emocionais de gerações anteriores ou membros da família, capaz de identificar pontos de tensão psicológica ou emocional que conduzem comportamentos humanos. O mesmo autor destaca ainda, que este método é uma ciência sistémica e fenomenológica pois, parte percepção ampliada das relações. Ao explicar os caminhos que levam ao conhecimento Hellinger explica que a fenomenologia significa:

> Quando nos detemos durante o esforço exploratório e dirigimos o olhar, não mais para um determinado objeto apreensível, mas para um todo. Assim, o olhar se dispõe a receber simultaneamente a diversidade com que se defronta. Quando nos deixamos levar por esse movimento diante de uma paisagem, por exemplo, de uma tarefa ou de um problema, notamos como nosso olhar fica simultaneamente pleno e vazio. Pois só quando prescindimos das particularidades é que conseguimos expor-nos à plenitude e suportá-la. Assim, detemo-nos em nosso movimento exploratório e recuamos um pouco, até atingir aquele vazio que pode fazer face à plenitude e à diversidade. Esse movimento, que inicialmente se detém e depois se retrai, eu chamo de fenomenológico (HELLINGER, 2007, p. 10).

Noutras palavras, Bert nos ensina a ter um olhar muito mais ampliado para percebermos realmente o conflito em toda a sua dimensão, não só o aspecto visível do conflito, mas também o aspecto invisível, ou seja, para todos os outros fatores que inicialmente parecem imperceptíveis, dessa forma ampliando as possibilidades para construção da cultura de paz.

O direito por si só não nos permite enxergar esses aspectos invisíveis do conflito, que são tão importantes para que este possa efetivamente ser



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

transformador, então, o grande diferencial desse método está justamente em permitir que as pessoas tenham mais amadurecimento para tomar novas decisões em suas vidas, para que elas ampliem seu poder de ação e possam efetivamente se conectar umas às outras.

### 3.3 Aplicação da Constelação Familiar no judiciário

No Brasil, a Constelação Familiar no âmbito jurídico, vem sendo utilizada como reforço antes das tentativas de conciliação e mediação. Teve início através do juiz Sami Storch, titular da comarca de Castro Alves, interior da Bahia, ao experienciar mais de 90% de sucesso de resolução de conflitos na fase conciliatória dos processos, onde a Constelação Sistêmica foi utilizada, dando origem ao que ele veio chamar de "Direito Sistêmico. (MESSIAS, 2018).

Nesse passo, o Direito Sistêmico surge de uma releitura do conflito a partir da compreensão do pensamento sistêmico de Bert Hellinger, que possibilita não só o operador do direito, mas também, as partes do processo um alcance além do aparente. O magistrado falou um pouco sobre a introdução da Hellinger Science no Direito brasileiro:

> Ainda não sabemos o alcance que essa nova abordagem pode ter no âmbito da Justiça, mas, com base nos resultados, já observados a partir das primeiras experiências, vemos que pode ser uma contribuição para a ciência da resolução de conflitos e da pacificação das relações, com potencial para aperfeiçoar o trabalho dos profissionais que se dedicam a tal missão – e também facilitar a solução rápida de questões que atualmente, em grande parte, ainda dependem de processos judiciais longos e desgastantes para todos (STORCH, 2019).

Conforme apontado pela servidora Adhara Campos Vieira, idealizadora do projeto Constelar e Conciliar, o emprego da técnica da Constelação Sistêmica é um importante instrumento para ampliar a cidadania e o direito constitucional de acesso à justiça, "a proposta é que os processos que hoje acumulam-se em estantes virtuais e abarrotam os Tribunais, possam ser vistos, por um olhar, não só do juiz, mas principalmente das partes" (VIEIRA, 2019, p. 241). Ressaltando que:

> Esta proposta parte do mesmo referencial da teoria crítica do direito, ao utilizar potenciais sociais criativos para resolução de disputas e participação social. A ideia é produzir conhecimento jurídico acadêmico, instalar uma nova política pública, uma nova forma terapêutica de mediar conflitos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> interesses familiares e sociais, abrindo caminho para uma vida diária que busca a justiça além da lei, e não só a partir dessa (VIEIRA, 2019, p. 241).

Ainda não existe uma legislação especifica tratando do tema, no entanto o método ganha respaldo na Resolução n°.125/10 do CNJ, que recomenda mecanismos de soluções de controvérsias dentro do sistema judicial, encontrando, também, amparo no novo Código de Processo Civil, que reforça a adoção de medidas que possibilitam obter uma solução pacífica para os conflitos.

Frisa-se que apesar de não possuir dados nacionais sobre o uso dessa terapia e seus impactos, verifica-se um significante movimento em prol da utilização das teorias sistêmicas de Bert Hellinger, como ferramenta nos processos judiciais, para atingir a autocomposição dos conflitos. À propósito, vale observar o relatório de mapeamento dos projetos e das ações de Justiça Restaurativa, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça durante os meses de fevereiro a abril de 2019, no âmbito da justiça Comum, limitando se a 27 Tribunais de Justiça e cinco Tribunais Regionais Federais, que na tentativa de mensurar o grau de desenvolvimento dos programas, evidenciou que 13,6% dos programas de práticas restaurativas utilizam como procedimento a Constelação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Os seguintes precedentes jurisprudências já tem apontado a técnica das Constelações Familiares para maximizar a possibilidade de se obter resoluções mais adequadas aos conflitos que demonstrem intensa complexidade:

> AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO. DEVOLUÇÃO À FAMÍLIA NATURAL. RECURSO PROVIDO. Esse detalhe é importante para compreensão da noção de pertencimento fenômeno, que indica que a existência de Bryan na presença da família natural é algo importante não só para ele, mas, igualmente para os seus irmãos, já que todos compõem o sistema familiar. A este título, mister referir à técnica da Constelação Familiar já adotada com sucesso pelo Poder Judiciário brasileiro: Diz ela: Pertencer é antes de tudo um sentimento natural, uma necessidade de qualquer ser humano. Cada pessoa nasce ou é vinculada a um sistema, necessita ser reconhecida como membro integrante e respeitada no seu lugar e papel dentro deste mesmo sistema. No sistema familiar os membros são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

únicos e todos têm direito de pertencer. Isto equivale dizer que ninguém pode ser excluído, não importando suas características dificuldades ou virtudes pessoais. Todos são importantes. Quando ocorre uma exclusão no sistema familiar acontece um desequilíbrio" (http://fgmaster.com.br/leis-sistemicas-2opertencimento/) Tribunal de Justiça de Goiás. (5.Turma). Apelação 2168121820168090012. Recorrente: E.A.S.A. e Outros. Recorrido: A.M.S.A. Relator: Min. Fábio Cristóvão de Campos Faria, 26 de março de 2019.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. LIMINAR. REQUISITOS. PRESENÇA. CONFIRMAÇÃO. ESTANDO PRESENTES OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR EM SEDE DE AÇÃO DE GUARDA, DEVE SER CONFIRMADA, ESPECIALMENTE QUANDO PROLATADA DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE. Diante do fato notado, verificamos que a inclusão das partes no Projeto Reordenando o Caminho - Constelar e Mediar (Constelação Familiar Sistêmica), com próximo encontro marcado para 23 de novembro poderá trazer benefícios a todos. Neste momento, poderão refletir sobre os papéis maternos e paternos e dinâmica familiar, aspectos transgeracionais, convivência com os filhos e parentalidade. Recurso provido. Recorrente: J.G.S. Recorrido: Antônio Paulo Selhorst dos Santos. Relator: Min. Rowilson Teixeira, 30 de abril de 2019.

É de se perceber que aos poucos a ideia de Justiça sistêmica está se instalando no Poder Judiciário, e por sua vez, abre mais uma importante porta para aqueles que anseiam justiça, permitindo novas possibilidades de soluções dos conflitos a partir da compreensão filosófica hegeliana de Bert Hellinger.

## 4 CONCLUSÃO

Assim, na busca de promover a otimização das resoluções de conflitos no Brasil e consequentemente as garantias constitucionais de acesso à justiça concluiu-se, através da aludida análise, que o direito fundamental ao acesso à justiça não pode ser interpretado no sentido de permitir que o judiciário se transforme em um serviço de atendimento ao consumidor, destinado a resolver uma miríade de conflitos, que deveriam encontrar, se não uma solução definitiva, ao menos um primeiro encaminhamento com a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também se tornou perceptível que a ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz no desejo de receber a solução de um terceiro para suas questões, vem sendo alterada para uma visão de um Estado que orienta as partes a resolverem, da forma mais consensual e amigável possível, seus próprios conflitos e, só em casos excepcionais, como último recurso, se decidirá no lugar das partes.

Nessa esteira, acredita-se que os Métodos Adequados de Solução de Conflitos, em especial a Constelação Familiar ora analisada, propõem novas formas de se pensar o direito, com um olhar mais humano e sensível na real compreensão dos conflitos, auxiliando não apenas os operadores do direito a dirimir os conflitos, mas também resgatando a dignidade e a autonomia de vontade das partes, empoderando as para que elas mesmas sejam gestoras e protagonizem a cultura da paz. Assim sendo, com vista a continuidade e ampliação da técnica no âmbito do Poder Judiciário, é notória a necessidade de normatização da prática de modo a trazer maior segurança jurídica.

**REFERÊNCIAS**

ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de processo civil. v.1, 4 ed . São Paulo: RT - Revista dos Tribunais, 2019.

BACELLAR, R. P. Mediação e arbitragem: Saberes do direito. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n° 13. 140 de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29. jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n° 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17. mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

27. set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promu lgada
em 5 de outubro de 1988. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasíl ia, DF, 5 out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituica o/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019

BRITTO, A. F. R.; SOARES, P. L. T. Em debate: Dez anos de reforma do Judiciário. Revista Diálogos sobre Justiça. Brasília, ano 1, n. 2, p. 5-11, mai.-ago. 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/publicacoes-3/. Acesso em: 29 set. 2019.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça; Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, C. A. C.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo, 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Seminário justiça restaurativa: mapeamento dos programas de justiça restaurativa Brasília: 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Revista justiça em números 2019, Brasília: 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisa-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 29 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mapeamento do Programas de Justiça Restaurativa: ano/base 2019/Conselho Nacional de Justiça Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/. Acesso em: 17 de nov. 2019.

CONSENLHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Quem somos. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ouvidoria-cnj/carta-de-servicos-ao-cidadao/quem-somos-visitas-e contatos/. Acesso em: 29 set. 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DINAMARCO, C. R. A Instrumentalidade do Processo. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

HELLINGER, B. A fonte não precisa perguntar pelo caminho: Um livro de consulta. Tradução de Eloisa Giancoli Tironi Tsuyuko Jinno Spelter. Pastos de Minas: Atman, 2005.

HELLINGER, B. Ordens do amor: Um guia para o trabalho com Constelações Familiares. Tradução de Newton de Araújo Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, B.; HOVEL, G. T. Constelações Familiares: O reconhecimento das ordens do amor. Tradução de Eloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2010.

HELLINGER, B.; HOVEL, G. T. Um lugar para os excluídos: Conversas sobre os caminhos de uma vida. Tradução de Newton A. Queiroz. Pasto de Minas, MG: Atman, 2006.

LENZ. C. E. T. F. O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciá rio. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, Ano 6, n. 23, jan./mar. 2006. Disponível em: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/435. Acesso em: 29 set. 2019.

MARINONI, L. G. Novas Linhas de Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MESSIAS, J. Direito Sistêmico e as Constelações Familiares. Justiça em Revista. São Paulo, n. 67, out, 2018. Disponível em: https://www.jfsp.jus.br/imprensa/. Acesso em 10 nov. 2019.

NETO, F. C. T.; JUNIOR, J. D. F. Juizados especiais federais cíveis e criminais. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, B. S. Introdução à sociologia da administração da justiça. Revista Critica de Ciência Sociais. Faculdade de Economia de Coimbra, n. 21, nov. 1986. Disponível em: https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/10797. Acesso em: 29 set. 2019.

SILVA, M. P. Direito Sistémico e a justiça criminal: a constelação. Curitiba: Juruá, 2019.

STORCH, S. Publicado artigo sobre as primeiras experiências com constelações no judiciário. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

https://direitosistemico.wordpress.com/author/direitosistemico/. Acesso em: 10 nov. 2019.

STORCH, S. O que é o direito sistêmico?. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/author/direitosistemico/. Acesso em: 10 nov. 2019.

Tribunal de Justiça de Goiás. (5.Turma). Apelação 2168121820168090012. Ação de guarda e responsabilidade. Colocação em família substituta. Impossibilidade. Ausência de situação de risco. Devolução à família natural. Recurso provido. Recorrente: E.A.S.A. e Outros. Recorrido: A.M.S.A. Relator: Min. Fábio Cristóvão de Campos Faria, 26 de março de 2019. Disponível em: https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712788731/apelacaoapl 2168121820168090012? ref= juris-tabs. Acesso em: 17 de nov. 2019.

Tribunal de Justiça de Rondônia. (5.Turma). Agravo de Instrumento: AI 8023561920188220000 RO. Processo Civil. Ação de guarda. Liminar. Requisitos. Presença. Confirmação. Recurso provido. Recorrente: J.G.S. Recorrido: Antonio Paulo Selhorst dos Santos. Relator: Min. Rowilson Teixeira, 30 de abril de 2019. Disponível em: https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712788731/apelacao-apl2168121820168090012?ref=juris-tabs. Acesso em: 17 de nov. 2019.

ZIEMANN, A. S.; ALVES, F. D. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais nas relações privadas: questões contemporâneas. 1º ed. São Paulo: PerSe, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

# SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA CONSTRUÇÃO DOS TERMOS

**ALLANE LIMA DE MOURA:** Advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES-UNITA e pós-graduanda em Direito Ambiental e Urbanístico pela Damásio Educacional.

**Resumo**: A presente pesquisa tem como objetivo analisar brevemente, numa linha de tempo, os fatos históricos que contribuíram para a concepção dos termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, termos esses que são pilares do direito ambiental e refletiram no direito urbanístico. Tudo isso, tendo em vista que o Brasil foi um país pioneiro no que se refere ao debate de questões ambientais em nível internacional. Assim, por meio deste artigo, poderá ser notada a preocupação mundial frente ao desenvolvimento econômico que ocasionou severos impactos ambientais, com a consequente elevação da importância de proteção ambiental a nível global. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa.

**Palavras-chave**: Sustentabilidade; Desenvolvimento sustentável; Desenvolvimento urbano; Análise histórica.

**Abstract**: This research aims to briefly analyze, in a timeline, the historical facts that contributed to the conception of the terms sustainability and sustainable development, terms that are pillars of environmental law and reflected in urban law. All this, given that Brazil was a pioneer country in the debate on environmental issues at the international level. Thus, through this article, it can be noted the worldwide concern about the economic development that caused severe environmental impacts, with the consequent increase of the importance of environmental protection at a global level. The methodology used was the literature review, with a qualitative approach.

**Keywords**: Sustainability; Sustainable development; Urban Development; Historical analysis.

**Sumário**: 1. Introdução – 2. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável – 2.1. Constatações sobre dano ambiental – 2.2. Preocupação mundial – 3. Conclusão – 4. Referências.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

## 1. Introdução

O artigo se propõe a fazer uma síntese dos debates mundiais sobre problemas ambientais, concretizados na segunda metade do século XX. O conceito de sustentabilidade gira em torno do desenvolvimento econômico que tenha justiça social e defesa do meio ambiente, com intuito de preservar o que ainda existe e restaurar os sistemas ecológicos importantes que foram degradados. Já desenvolvimento sustentável se refere a todo o processo para se chegar à sustentabilidade. Ambos os conceitos enfrentam lacunas em suas definições, por isso ainda estão sendo consolidados.

A problemática da pesquisa está voltada para responder quais foram os fatos históricos que contribuíram para o surgimento das ideias de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável. Diante disso, o objetivo do estudo é o responder essa questão com base no levantamento de revisão bibliográfica. A metodologia teve a abordagem qualitativa, uma vez que foram subjetivamente analisadas e interpretadas as informações colhidas por meio de pesquisa bibliográfica referente a livros e artigos elaborados com teor científico.

## 2. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável

Inicialmente, o conceito de sustentabilidade demonstra ser um pouco complexo, está em processo de construção e já alcançou alguns objetivos, mas continua buscando solucionar os demais problemas.

Segundo Sachs (1993, p. 103) sustentabilidade: "Refere-se à base física do processo de crescimento e tem como objetivo a manutenção de estoques dos recursos naturais, incorporados às atividades produtivas". Para Parcianello (2019, s/p): "Denota complexidade, pois engloba diversas variáveis interdependentes, integrando questões energéticas, políticas, culturais e ecológicas, que podem trazer retorno econômico."

A verdade é que sustentabilidade tem como base o desenvolvimento econômico com justiça social e com defesa do meio ambiente. Portanto, toda atividade humana, tendo ela finalidade econômica ou não, tem que buscar a justiça social e a defesa do meio ambiente. Em outras palavras, nossa vida precisa ser sustentável.

Já o conceito de desenvolvimento sustentável comporta três dimensões, quais sejam, o econômico, o ambiental e o social. É o desenvolvimento que não esgota os recursos para o futuro. Em suma, desenvolvimento sustentável é um modelo que deve trazer justiça social e justiça ambiental, com o devido equilíbrio no uso de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

recursos ambientais, de modo que as gerações futuras possam ter acesso a esses recursos.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA et al (2010, p. 616): "Para a humanidade, o desenvolvimento sustentável é aquele que pressupõe o atendimento das necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas necessidades."

Entretanto, este conceito também está em construção. Mas uma coisa é certa, o desenvolvimento sustentável é necessário para se chegar à sustentabilidade. Percebe-se então que a sustentabilidade está ligada a qualidade de vida, enquanto o desenvolvimento sustentável ao processo para se alcançar a primeira.

**2.1. Constatações sobre dano ambiental**

Historicamente falando, com o desenvolvimento econômico no século XVIII, XIX e que embarca no XX se deu um acréscimo violento nos problemas ambientais. Os primeiros debates sobre o assunto surgem com o processo de industrialização. Outrossim, a discussão sobre qualidade do ar surge primeiro na Inglaterra, no momento da revolução industrial, com as fábricas e a poluição.

Ao fazer uma análise sobre a primeira grande preocupação sobre o universo ambiental, é possível verificar que esta surgiu concomitantemente com o advento da sociedade fordista, que foi o processo global de produção e consumo em massa e que a conscientização humana sobre o problema ambiental no mundo decorreu de fatores além da industrialização, como concentração espacial, modernização agrícola, crescimento populacional e urbanização (IPEA et al, 2010, p. 17).

No entanto, os primeiros estudos foram realizados no século XVIII, por Thomas Robert Malthus, em sua teoria Malthusiana, baseada no livro *Ensaio Sobre a População* (1982, p. 282), de onde se extrai que "A população, quando não controlada cresce numa progressão geométrica. Os meios de subsistência crescem apenas numa progressão aritmética."

Ou seja, a teoria baseou-se numa possível escassez de alimentos por conta do crescimento populacional, e isso acarretaria a fome. Ainda segundo o IPEA et al (2010, p. 17): "A teoria malthusiana de limites do crescimento pode ser considerada uma das precursoras do atual conceito de desenvolvimento sustentável."

No século XX, com o desenvolvimento urbano desenfreado, os impactos ambientais decorrentes da atividade humana de fato começaram a ser evidentes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

influenciando a implantação de medidas corretivas nas práticas industriais, tais como a legislação da fumaça proveniente de fornos, da utilização dos recursos não renováveis, e da eficiência energética (SCHONSLEBEN et al, 2010, pp. 477-480).

Mas foi a partir de 1960 que se intensificou a necessidade de debate acerca das questões ambientais. Sendo que, as discussões sobre o risco de degradação do meio ambiente foram de fato disseminados pelo mundo nessa década (BRÜSEKE, 2003, p. 29).

Destarte, conclui-se que o século XX, em especial a segunda metade dele, fora marcado pelo primeiro grande interesse de se discutir o futuro do planeta no que concerne a questões ambientais.

**2.2. Preocupação mundial**

Por iniciativa da ONU e com intuito de discutir globalmente as questões sobre impactos ambientais, adveio a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, mais conhecida como Conferência de Estocolmo, em 1972. Nela, apesar de não se falar no termo sustentabilidade, esse conceito já começava a ser delineado, uma vez que já havia a expectativa de que os recursos disponíveis enfrentariam um grande problema logo adiante, apontando-se para a necessidade de proteção do meio ambiente para a geração atual e futura. A Conferência de Estocolmo contou com a presença de chefes de estados de 113 países e sem dúvidas, foi o primeiro grande marco do ambientalismo a nível global.

O tema central dessa primeira conferência, de fato, já trazia a ideia de sustentabilidade, ainda que não literal, mas atrelada ao interesse de demonstrar que era possível alcançar o crescimento econômico e a industrialização com ausência de danos ambientais (ADAMS, 2006, pp. 1-18).

Em 1987 veio o Relatório Brundtland, intitulado Nosso Futuro Comum, que foi elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, com intuito de mostrar a inconformidade entre o desenvolvimento sustentável em questão de padrão de consumo e produção atual. O Relatório (1991, p. 46) inaugurou o conceito de desenvolvimento sustentável, propondo que é "[...] aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades".

Contudo, o conceito de desenvolvimento sustentável somente foi consolidado em 1992, onde ganhou corpo e sentido na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também chamada de ECO-92, RIO-92 ou Cúpula da Terra. Essa segunda conferência aconteceu no Rio de Janeiro, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

veio para garantir os princípios da primeira. Nesta, de acordo com a Revista em Discussão, (2012, p.13), do Jornal Senado: "[...] os países reconheceram o conceito de desenvolvimento sustentável e começaram a moldar ações com o objetivo de proteger o meio ambiente." A discussão contou com aproximadamente 40 mil pessoas, incluindo 106 chefes de governos (IPEA et al, 2010, p. 29).

O intuito desta segunda conferência foi o entrelaçamento do conceito de desenvolvimento socioeconômico com o de proteção e conservação do meio ambiente. Resultou ainda na Declaração do Rio e na Agenda 21, sendo que na Declaração do Rio houve o estabelecimento de acordos com a finalidade de respeito e proteção da integridade da ecologia e do desenvolvimento global, enquanto que a Agenda 21 passou a ser uma referência mundial de implantação de programas e políticas, tanto no âmbito de governos, como de empresas (FEIL; STRASBURG; SCHREIBER, 2016, p. 14).

Percebe-se então que a Agenda 21 é uma espécie de modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI. O Ministério de Meio Ambiente do Brasil (2014, s/p) definiu a Agenda 21 como "[...] um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica." Conclui-se, portanto, que a agenda 21 é um dos grandes instrumentos de formação de políticas públicas aqui no Brasil.

Já em 2002, a ONU realizou a terceira conferência, intitulada Rio +10, ocorrida em Joanesburgo, na África do Sul. Embora também seja chamada de Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, ficou mais conhecida como Rio +10 por terem se passado exatos 10 anos desde a última conferência e esta ter sido sediada no Rio de Janeiro.

A Rio+10 veio com o escopo de acabar com a pobreza, e ainda consolidou os três pilares do desenvolvimento sustentável, quais sejam, o social, o econômico e o ambiental (FEIL; STRASBURG; SCHREIBER, 2016, p. 14).

Após 10 anos, ocorreu no Rio de Janeiro a última conferência, chamada Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), ou Rio +20. Aqui participaram líderes de 193 países integrantes da ONU e o objetivo foi de assegurar o comprometimento firmado pelos países desenvolvidos nas conferências anteriores acerca da temática global do desenvolvimento sustentável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Rio +20 foi uma nova etapa da cúpula da terra e entre os temas abordados merecem destaque as ações para garantir o desenvolvimento sustentável do planeta e o balanço do que foi feito nos últimos 20 anos em relação ao meio ambiente (PAZ, 2018, p. 64).

Portanto, é possível se verificar que o Brasil é um país anunciador quanto a perspectiva jurídica ambiental a nível global, uma vez que sediou duas grandes conferências sobre questões ambientais, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), em 1992, e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), em 2012.

É importante salientar ainda que o desenvolvimento sustentável ultrapassa a barreira da conservação e recuperação dos recursos naturais, estando também estritamente ligado a construção de cidades sustentáveis, uma vez que o crescimento urbano desenfreado e sem o véu de políticas urbanas adequadas conduziu à desorganização urbana. Em função disso surgiu a necessidade de planejar o espaço urbano com a concepção da sustentabilidade, isto é, com um modelo adequado às particularidades de cada município e a justa distribuição dos ônus. (GOMES; ZAMBAM, 2018, s/p).

Em vista disso, o conceito de sustentabilidade está presente no próprio desenvolvimento urbano, ao tentar solucionar problemas nos municípios, como moradias irregulares e lentidões no trânsito, buscando qualidade de vida com dignidade.

## 3. Conclusão

Diante do exposto, o direito ambiental brasileiro, que apesar de ser um ramo recente, teve grande expansão e está em notória evolução, de modo que refletiu ainda no campo do direito urbanístico. Isto posto, o tema meio ambiente foi constitucionalizado no art. 225, onde trouxe como garantia um meio ambiente ecologicamente equilibrado e com sadia qualidade de vida, configurando-se como um direito subjetivo e um direito fundamental de terceira geração.

Ademais, com o passar do tempo, órgãos e entidades tem acordado para a temática dos problemas ambientais, mas a luta para se chegar à sustentabilidade continua. O Brasil está muito aquém de alcançar a sustentabilidade, mas é evidente que ocorreram muitos avanços. Tanto o Estado quanto a coletividade devem adotar o comportamento ético ambiental, pois políticas públicas devem inserir a participação da sociedade, tudo isso em prol de manter o meio ambiente para nós e para as gerações futuras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

## 4. Referências


ADAMS, William. Mark. **The Future of Sustainability: Re-Thinking Environment and Development in the Twenty-First Century**. Gland, Switzerland: World Conservation Union, 2006.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente - MMA et al. **Agenda 21.** Disponível em: >https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global.html<. Acesso em: 14/10/19.

BRÜSEKE, Franz. Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, C. (Org.). **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2a ed. Tradução de Our common future. 1a ed. 1988. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

EM DISCUSSÃO!. **Rio+20. Em busca de um mundo sustentável**. Brasília, v. 11, 2012.

FEIL, Alexandre André; STRASBURG, Virgílio José; SCHREIBER, Dusan. **Análise dos eventos históricos para a concepção dos termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável**. Revista Eletrônica do Prodema, Fortaleza, Brasil, v. 10, nº 1.

GOMES, Daniela; ZAMBAM, Neuro José. **Sustentabilidade do espaço urbano: novas tecnologias e políticas públicas urbanístico-ambientais**. Revista de Direito da Cidade. Brasil, vol. 10, nº 1.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA et al. **Sustentabilidade Ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano**. Livro 7. Brasília: IPEA, 2010.

MALTHUS, Thomas Robert. **Ensaio Sobre a População**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

**PARCIANELLO, João** Carlos**.** Direito Ambiental: Breve Análise da Temática do Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: >https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/direito-ambiental-breve-analise-da-tematica-do-desenvolvimento-sustentavel/<. Acesso em: 25/10/19.**

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para do século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. Disponível em: >http://www.scielo.br/pdf/rae/v34n2/a11v34n2.pdf<. Acesso em: 25/10/19.

SCHONSLEBEN, Paul. et al. **The changing concept of sustainability and economic opportunities forenergy-intensive industries**. CIRP Annals - Manufacturing Technology, v. 59, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 937 de 21/12/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454